DIE RECHTSVERORDNUNGEN DES BUNDESRATES

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Emilio Moser, Liz. jur.

Bern

VERLAG PAUL HAUPT BERN 1942

DIE RECHTSVERORDNUNGEN DES BUNDESRATES

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Emilio Moser, Liz. jur.

Bern

VERLAG PAUL HAUPT BERN 1942

Die Fakultät hat diese Arbeit am 3. Dezember 1942 auf Antrag von Prof. Dr. A. Homberger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Printed in Switzerland 442

Meinen Eltern in Dankbarkeit
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547623_0003

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 7

I. TEIL:

Die unselbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates

§ 1. Gesetz und Rechtsverordnung 10
§ 2. Das Wesen der Gesetzesdelegation und ihre verfassungsmäßige Zulässigkeit 14
§ 3. Die schweizerische Judikatur zur Gesetzesdelegation 21
§ 4. Die Subdelegation 23
§ 5. Die Rechtsstellung des Bundesrates als Delegaten der Gesetzesdelegation 24
§ 6. Form und Inhalt der Gesetzesdelegation 31
§ 7. Das Prüfungsrecht der Gerichte 45

II. TEIL:

Die selbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates

§ 8. Die Erlasse des Bundesrates 55
§ 9. Die Verfassungsmäßigkeit selbständiger Rechtsverordnungen . 60
§ 10. Der Umfang des selbständigen Polizeiverordnungsrechts . . . 67
§ 11. Verordnung und Verfügung 72
§ 12. Die Strafsanktionen in der selbständigen Rechtsverordnung . 75
§ 13. Das Prüfungsrecht der Gerichte 84
Literatur 86

Einleitung

Die elementaren Kräfte der historischen Bewegung, welche die bestehenden Rechtsgebilde zertrümmern und neue Ordnungen ins Dasein rufen, führen zur Erkenntnis, daß der Strom der Geschichte niemals für alle Zeiten in statische Rechtsnormen eingebettet werden kann. So ist auch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft „wie jedes andere Gesetz, ja wie jede soziale Institution überhaupt, dynamischer Natur, d. h. einem steten *Fortbildungsprozeß* unterworfen." [1]) Diese Fortbildung vollzieht sich, von revolutionärer Umwälzung, Totalrevision und Partialrevision abgesehen, vorerst durch *Gewohnheitsrecht,* — ohne formelle Änderung des Verfassungstextes — auf dem Weg der Interpretation durch Gesetzgebung, Verordnung und richterliches Urteil. In der Rechtswissenschaft wird diese Fortbildungsart als „Verfassungswandlung" bezeichnet. [2]) Diese fortwährende Anpassung und Fortbildung des Rechtes läßt sich ebenfalls mit *Stammler* [3]) damit begründen, daß „in jeder rechtlichen Normierung immer und notwendig eine Regelung von unterliegender sozialer Wirtschaft" liegt. „Es gibt keinen Rechtssatz, der nicht als Inhalt eine bestimmte Regelung des sozialen Zusammenwirkens von Menschen enthielte". Da sich diese soziale Wirtschaft aber gerade heute in einer vollkommenen Umwandlungsperiode befindet, muß auch das Recht sich notwendigerweise „wandeln".

Der Gesetzgeber berücksichtigt die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gegenwart, indem er die in früheren Jahrzehnten geschaffenen Verfassungsnormen bei gleichbleibendem Wortlaut durch zweckentsprechende Auslegung den veränderten Bedürfnissen anpaßt.

Die Auslegung der Verfassung erhält in der Schweizerischen Eidgenossenschaft eine besondere Bedeutung durch die Tatsache, daß eine formelle Änderung unseres Verfassungstextes *strengeren*

---

[1]) *Giacometti,* Auslegung, S. 3.
[2]) *Jellinek,* Verfassungsänderung, S. 9.
[3]) *Stammler,* Wirtschaft und Recht, S. 230.

Formen unterzogen wird, als dies bei der sog. „beweglichen Verfassung" — welche auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung revidiert werden kann — der Fall ist.[4]) Deshalb reiht die juristische Terminologie unser staatliches Grundgesetz unter die sog. „starren Verfassungen".

So sieht sich der Gesetzgeber zur Vermeidung einer Hemmung in der staatlichen Entwicklung gezwungen, aus dem Wortlaut der Verfassung eine andere Bedeutung herauszulesen, als diese sie ursprünglich besaß. Dies kann so weit gehen, daß das in Anwendung der Verfassung ergangene Gesetz oder richterliche Urteil gegen die Verfassung selber verstößt. Damit vollzieht sich die Weiterentwicklung nicht mehr durch bloße Interpretation, sondern durch *materielle Änderung der Verfassung.* Diese Möglichkeit ist besonders in der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegeben, da ein richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze nicht besteht.[5])

Neben Interpretation und materieller Änderung des Verfassungstextes vollzieht sich die Weiterentwicklung durch die Entstehung neuer Rechtsformen, die sich mit der verfassungsmäßigen Grundlage gar nicht verknüpfen lassen, sondern sich gewissermaßen parallel zur Verfassung entwickeln und ein *„jus praeter constitutionem"* verkörpern.[6])

Eine derartige Entwicklung bedeutet unzweifelhaft eine große Gefahr für die Rechtssicherheit des Landes. Verfassungswidrige und außerhalb der Verfassung stehende Rechtslagen ergeben sich zwar bei einer bald 70jährigen Verfassung als politische Notwendigkeiten. Daraus erhellt aber auch eindeutig die Notwendigkeit einer grundlegenden Revision unseres Staatsgrundgesetzes.

Die Einrichtungen des liberalen Staates waren seinen Gegebenheiten angemessen, doch können sie den Erfordernissen der heutigen Zeit nur noch bedingt entsprechen. Die soziale Schichtung des liberalen Staates kann mit der gegenwärtigen nicht verglichen werden, denn der vergangene Staat ruhte auf der Kraft einer bürgerlichen Mitte, die heute ihre frühere Primatstellung

[4]) Eine bewegliche Verfassung weist z. B. Italien auf. Nach der herrschenden Lehre kann die italienische Verfassung jederzeit durch einfaches Gesetz abgeändert werden (vgl. *Saltelli,* Potere esecutivo; S. 102 ff.; *Ruiz,* Istituzioni, S. 465 f.).

[5]) Wie dies z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika der Fall ist.

[6]) Vgl. *Homberger,* Das Tatsächliche als Element der Rechtsbildung.

verloren hat. Der liberale Staat rechnete auch nicht mit der Komplizierung der Staatsverwaltung und mit der Notwendigkeit, in alle Zweige des öffentlichen und privaten Lebens ordnend und verordnend eingreifen zu müssen. Er suchte in den Freiheitsrechten einen gewissen Schutz des Individuums vor den Auswüchsen eines autoritär-demokratischen Mehrheitssystems, während der etatische Sozialstaat des 20. Jahrhunderts das dem Liberalismus heilige *freie Individualinteresse* einengt zu Gunsten des *sozialstaatlichen Gemeininteressens.* Gerade in dieser Verschiebung vom liberalen Staat zum Wohlfahrtsstaat liegt der Hauptgrund für die notwendige Stärkung des Bundesrates. Der Staat sorgt nicht mehr ausschließlich für die öffentliche Ordnung und Sicherheit, sondern wird zum sozialen Ordner und Helfer, zum Beschützer der einzelnen Bürger, indem er den gerechten Ausgleich der gegensätzlichen Interessen sucht. [7]) Eine solche Aufgabe kann aber nur der Bundesrat erfüllen, denn die Bundesversammlung ist selber nur ein Spiegelbild der im Volke vorhandenen Gegensätze. Die juristische Ausdrucksform der einseitig auf den Rechtsschutz eingestellten Tätigkeit des liberalen Staates war das *„Gesetz"*, währenddem der heutige „Regierungs- oder Verwaltungsstaat" immer mehr durch die „Verordnung" wirkt.

Es ist eigentümlich, daß diese steigende Bedeutung des Verordnungsrechts eine gewisse Analogie im Polizeistaate der Aufklärungszeit findet. Nach Giacometti[8]) ist diese Verwandtschaft, wenigstens teilweise, durch eine gewisse Analogie des modernen Wohlfahrtsstaates mit dem Polizeistaat bedingt. „Die Verordnung ist gewissermaßen die juristische Ausdrucksform der positiven Tätigkeit des modernen Wohlfahrtsstaates".

Dieser fundamentale Strukturwandel innerhalb unserer staatlichen Organisation zwingt uns, deren Einrichtungen aus liberaler Zeit daraufhin zu prüfen, ob diese den heutigen Gegebenheiten noch gerecht werden können.

So soll in der vorliegenden Arbeit das *Verordnungsrecht des Bundes* in seiner heutigen Stellung innerhalb unserer staatlichen Organisation untersucht werden, um die unerläßlichen Anhaltspunkte für die Beurteilung der Opportunität einer kommenden Reorganisation auf diesem Gebiete zu gewinnen.

---

[7]) *Huber,* Demokratie und staatliche Autorität, S. 30.

[8]) *Giacometti,* Verordnungsrecht, S. 83.

I. Teil

Die unselbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates

§ 1. Gesetz und Rechtsverordnung

Den Ausgangspunkt einer Erörterung der selbständigen und unselbständigen Rechtsverordnungen im schweizerischen Staatsrecht bildet der Gesetzesbegriff. Die öffentlich-rechtliche Doktrin unterscheidet dabei Gesetze im formellen und Gesetze im materiellen Sinn, weshalb wir einleitend die Unterscheidung dieser beiden Gesetzesbegriffe skizzieren wollen.

Gesetz im formellen Sinn ist diejenige Willensäußerung des Staates, welche, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, in dem für die Gesetzgebung vorgeschriebenen Verfahren zustande gekommen und von der für die Gesetzgebung zuständigen Stelle vorgenommen worden ist. Das Wesentliche an diesem Begriff ist die Form; somit kann ein formelles Gesetz inhaltlich sowohl Rechtssätze als auch Verwaltungsverfügungen oder beides enthalten. Die auf dem „Weg der Gesetzgebung" getroffenen Erlasse des Staates sind Gesetze im formellen Sinn.[9])

Das reale Leben des Staates läßt sich aber nicht von vornherein und ausnahmslos durch formelle Gesetze leiten. Der „Weg der Gesetzgebung", welcher zwar die objektive Ausübung der Rechtssetzung gewährleistet, ist entsprechend schwerfällig; die formelle Gesetzgebung verfügt nicht über die nötige Schnelligkeit um im gegebenen Moment das Geeignete verfügen zu können; ein formelles Gesetz kann das Recht nicht immer bis in alle Einzelheiten regeln und für die praktische Ausführung brauchbar machen;[10]) es läßt sich auch nicht leicht den immer wieder neu

[9]) *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 240 ff.; Staatslehre S. 610 ff.; *Anschütz*, Art. „Gesetz" im Staatswörterbuch II, S. 212; *Laband*, Staatsrecht II (5. Aufl.), S. 61 ff.

[10]) BGE. 64 I, S. 371.

auftretenden Bedürfnissen des Staates anpassen. Durch diese praktischen Bedürfnisse des Lebens und somit durch die Staatsraison bedingt, haben sich Rechtssetzungsformen entwickelt, die von Verwaltungs- oder Justizbehörden, *außerhalb des ordentlichen Gesetzgebungsapparates,* insbesondere unter Ausschluß des Referendums, objektives Recht schaffen können. Man nennt diese Willensäußerungen des Staates Gesetze im materiellen Sinn.

Gesetz im materiellen Sinn ist die durch Rechtssetzung entstandene *Rechtsnorm,* die seinen Inhalt bildet. Unter *Rechtsnorm* oder *Rechtssatz* versteht man alle abstrakten, staatlichen Willensäußerungen, die befehlend oder verbietend in Freiheit und Eigentum der Staatsangehörigen eingreifen.[11]) Dabei ist die Definition „Freiheit und Eigentum" im weitesten Sinn zu verstehen, so daß die gesamte Rechts- und Freiheitssphäre der Individuen und ihrer Verbände erfaßt wird.

Die beiden Gesetzesbegriffe und ihre grundsätzliche Unterscheidung sind in der schweizerischen Theorie und Praxis anerkannt.[12]) Daraus ergibt sich, daß die Rechtssetzung teils durch Gesetze im formellen Sinn, teils durch solche im bloß materiellen Sinn erfolgen kann. Dieser Gegensatz wird im schweizerischen Bundesrecht durch denjenigen zwischen referendumspflichtigen und nicht referendumspflichtigen Erlassen gekennzeichnet. Letztere haben *Rechtsverordnungscharakter.*

Gesetze im formellen Sinn sind nach schweizerischem Bundesrecht Bundesverfassungsgesetze und Bundesgesetze. Für die letzteren hat die Bundesverfassung zwei Formen zur Verfügung gestellt: das Bundesgesetz und den allgemein verbindlichen Bundesbeschluß. (BV. Art. 85, Ziff 2 und Art. 89 in Verbindung mit Art. 113 letzter Absatz).[13]) [14])

Die Bundesversammlung ist aber auch zum Erlaß von Rechtssätzen zuständig, die nicht in die Form von Gesetzen im formellen Sinn gekleidet sind, sondern Gesetze im materiellen Sinn dar-

[11]) *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 240; *Kelsen,* Allgem. Staatsrecht, S. 231; *Karl Schmitt,* Verfassungslehre, S. 139; die beiden letzteren legen mehr Gewicht auf das Generelle der Norm (moderne Richtung); *Burckhardt,* Komm., S. 666, definiert die Rechtssätze als Normen des Verhaltens.

[12]) *Burckhardt,* Kommentar, S. 665; *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 400 und 411; *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 361.

[13]) *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 400; *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 365; Auslegung S. 20.

[14]) Die Form der Staatsverträge lassen wir hier ausser Betracht.

stellen. Diese Zuständigkeit beruht ebenfalls auf Art. 85, Ziff. 2 und 89 Abs. 2 BV. und bildet eine verfassungsmäßig verankerte Rechtsverordnungskompetenz. Es handelt sich um das Institut des *allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses.*

Diese selbständige *generelle Rechtsverordnungskompetenz* der Bundesversammlung wird zu Unrecht von Giacometti[15]) als ein durch die Bundesversammlung ausgestaltetes generelles *Notverordnungsrecht* angesprochen. Der Verfassungsgesetzgeber soll nach Giacometti in der Form des allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses das Institut der sog. Notverordnung in die Bundesverfassung eingeführt haben. Hier liegt u. E. eine Verwechslung der Begriffe „Dringlichkeit" und „Notrecht" vor, die nicht auf der gleichen Ebene liegen, obschon sie die beiden Seiten der Krisenerlasse bilden. Die Dringlichkeitserklärung ist ein Begriff des Rechtssetzungs*verfahrens;* sie bezieht sich auf die *Form* des Erlasses. Über den Inhalt desselben sagt sie nichts aus, sondern bestimmt nur, daß der Bundesbeschluß dem fakultativen Referendum entzogen wird. Für das *Notrecht* hingegen ist gerade der außerordentliche *Inhalt* kennzeichnend. Es nimmt Bestimmungen auf, die normalerweise eine Verfassungsrevision oder doch ein Bundesgesetz voraussetzen. Über Notrecht enthält die Bundesverfassung keine Bestimmung und die Bundesbehörden berufen sich zu seiner Begründung auch nicht auf einen Artikel der Bundesverfassung, sondern auf ein ungeschriebenes Verfassungsrecht.[16])

Im allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschluß haben wir die verfassungsmäßige Form für eine *selbständige generelle Rechtsverordnungskompetenz* der Bundesversammlung.[17])

Der Gesetzgeber erhält dadurch die Möglichkeit raschen Handelns unter Ausschaltung des Referendums. Praktische Notwendigkeiten sprechen für die Zulassung eines derartigen vereinfachten und kurzen Rechtssetzungsverfahrens (vgl. auch S. 10 oben). Aus dem Gesagten stellt sich die Rechtsverordnung nach Bundes-

[15]) *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 368 ff.; Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, S. 77; Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, S. 48.

[16]) Berichte des Bundesrates vom 17. September 1937, vom 10. Mai 1938 und vom 3. April 1939 (BBl. 1939, I, S. 535). Auch das Bundesgericht anerkennt das ungeschriebene Notrecht des Staates, z. B. in BGE. 41, I, S. 553.

[17]) *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 165; 411; *Lampert,* Bundesstaatsrecht, S. 123; Guhl, Bundesgesetz, S. 71 ff.

recht als eine *Rechtssetzungsform* dar, *in der eine Verwaltungsbehörde außerhalb des Weges der Gesetzgebung, insbesondere unter Ausschluß des Referendums, objektives Recht schaffen darf.*

Die dargelegte Rechtsverordnungskompetenz der Bundesversammlung ist eine selbständige, weil sie ihr direkt von der obersten staatlichen Zuständigkeitsordnung, von der Bundesverfassung verliehen ist.

Eine selbständige *spezielle* Rechtsverordnungskompetenz ist für die Bundesversammlung — im Gegensatz zur generellen — in der Bundesverfassung nicht vorgesehen. Ob es argumentum e majore ad minus abgeleitet werden darf, kann bezweifelt werden.[18]) Jedenfalls hat man in einem Fall besondere Verfassungsbestimmungen zu diesem Zweck geschaffen, nämlich die beiden transitorischen Verfassungsartikel von 1915 und 1919 über die Erhebung einer ersten und zweiten eidg. Kriegssteuer, um die Bundesversammlung zur Aufstellung der notwendigen Ausführungsvorschriften unter Ausschluß des ordentlichen Gesetzgebungsweges zu ermächtigen. Sie ergingen sogar in der Form des einfachen Bundesbeschlusses.[19])

Hingegen steht dem *Bundesrat* ein selbständiges *spezielles* Rechtsverordnungsrecht zu, während er andererseits im Gegensatz zur Bundesversammlung über ein selbständiges generelles Rechtsverordnungsrecht nicht verfügt. Wir werden im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit auf dieses selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates eingehen.

Unselbständig ist eine Rechtsverordnungskompetenz, die sich nicht direkt aus der Verfassung herleitet, sondern sich auf eine *gesetzliche Ermächtigung* stützt. Diese gesetzliche Ermächtigung, die sog. *Gesetzesdelegation* (vgl. § 2) kann dabei auf einem Gesetz im formellen und materiellen Sinn beruhen oder nur auf einem solchen im materiellen Sinn.

Träger des unselbständigen Rechtsverordnungsrechts kann die Bundesversammlung selbst sein, und zwar nur kraft Dele-

---

[18]) Zu eng, *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 414, der eine allgemeine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen keiner Bundesbehörde zuspricht, während sich doch, wie oben ausgeführt, eine solche aus Art. 89, BV., ergibt, was auch *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 368, feststellt. Hingegen spricht *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 388, der Bundesversammlung ein spezielles selbständiges Rechtsverordnungsrecht schlechthin zu.

[19]) AS. 31, S. 445; 36, S. 667.

gation durch ein Bundesgesetz, nicht durch eine selbständige Rechtsverordnung, da ja sonst Delegant und Delegat identisch sein würden; dies ist bei der Delegation durch ein Bundesgesetz nicht der Fall, da bei diesem auch das Volk Mitwirkungsrechte hat (fakultatives Referendum). Solche Delegationen enthalten z. B. die Militärorganisation vom 12. April 1907 (Art. 33 und 38), das Militärversicherungsgesetz vom 23. Dezember 1914 (Art. 55), das Postgesetz vom 5. April 1910 (Art. 13), das Kriegsunfallversicherungsgesetz vom 15. Juni 1911 (Art. 119 und 122) u. a. m.[20])

Neben der Bundesversammlung kann auch das Bundesgericht als Träger des unselbständigen Rechtsverordnungsrechtes auftreten (vgl. Verordnung des BGer. betreffend Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910; Verordnung des BGer. betr. Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister vom 29. März 1939).

Vor allem aber ist Träger des unselbständigen Rechtsverordnungsrechts der *Bundesrat,* den die Bundesversammlung in wachsendem Maß zum Erlaß solcher Rechtsverordnungen ermächtigt.

Die unselbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates sind demnach *Verordnungen rechtssetzenden Inhalts, welcher der Bundesrat auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung der Bundesversammlung erläßt,* wobei diese Ermächtigung in einem *Bundesgesetz,* einem *Bundesbeschluß* oder einer *selbständigen Rechtsverordnung der Bundesversammlung* enthalten sein kann.

§ 2. Das Wesen der Gesetzesdelegation und deren verfassungsmäßige Zulässigkeit

Unter Gesetzesdelegation versteht man definitionsmäßig ganz allgemein jede *Übertragung der Gesetzgebungskompetenz vom gesetzgebenden Organ an irgend eine andere Behörde, im besonderen an die Regierung.* Sofern es sich um Bundesrecht handelt, bedeutet sie die Übertragung der Rechtssetzungsbefugnis von der Bundesversammlung durch Bundesgesetz oder Bundesbeschluß vornehmlich an den Bundesrat. Neben diesem letzteren können auch seine Departemente (durch direkte Delegation ge-

[20]) Erörterungen darüber in der Bundesversammlung vgl. Sten.-Bull., 1916, S. 54—65; 1917, S. 50 f.; NR., S. 118; BBl., 1915, IV, S. 233.

mäß BV. Art. 103 oder durch Subdelegation), das Bundesgericht oder die Bundesversammlung selber als Subjekte dieses Gesetzgebungsrechtes auftreten, wie wir im vorhergehenden Paragraphen dargestellt haben.

Die auf Grund einer solchen Delegation erlassene Verordnung ist „unselbständig", weil ihre Existenz und Wirksamkeit durch das spezielle „Delegationsgesetz" bestimmt wird.

Die *Zulässigkeit* der Delegation rechtssetzender Befugnisse ist eine Frage des Verfassungsrechts. Die Frage entsteht überhaupt nicht, solange eine Verfassung das Institut der Gesetzesdelegation *ausdrücklich* zuläßt oder ablehnt.[21])

Ein Stillschweigen der Verfassung ist aber nicht schon anzunehmen, wenn eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, sondern erst dann, wenn auch im Wege der *Auslegung* keine diesbezügliche Richtlinie zu entnehmen ist, wobei es allerdings zu widerstreitenden Auslegungsresultaten kommen kann. Das Problem stellt sich aber auch bei Stillschweigen der Verfassung bei jenen Staaten nicht, bei denen die Verfassung auf dem Wege des einfachen Gesetzes, etwa unter Beobachtung strengerer Formen (qualifiziertes Mehr usw.) abänderbar ist, wie dies bei vielen modernen Verfassungen der Fall ist.[22])

Schließlich stellt es sich dort nicht, wo *Gewohnheitsrecht* die fehlende Verfassungsbestimmung ergänzt.

Die schweizerische Bundesverfassung gehört zu denjenigen Staatsgrundgesetzen, die keine Bestimmung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Delegation enthalten. Ihrer Struktur nach gehört sie zu den „starren" Verfassungen und ist nicht durch einfache Gesetze abänderlich, wie dies bei der sog. „beweglichen Verfasung" der Fall ist,[23]) sondern strengeren Formen unterzogen (obligatorisches Referendum). Darüber darf Art. 113, Abs. 3 BV. nicht hinwegtäuschen, indem er Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse als auf ihre Verfassungsmäßigkeit

---

[21]) Z. B. Art. 27 der bernischen Verfassung verbietet dem Grossen Rat die Delegation. Die Rechtssetzung wird in der Praxis dennoch häufig dem Regierungsrat derogiert, vgl. *Burckhardt,* Kommentar, S. 666, Nr. 2, a. E.

[22]) Nachweise bei *Giacometti,* Verordnungsrecht u. Gesetzesdel., S. 92 ff.; *Koelreutter,* Ausländisches Staatsrecht, S. 2 ff. Dazu gehören z. B. die *kantonalen Verfassungen,* mit obligatorischem Gesetzesreferendum (wie Zürich, Bern, Solothurn, Schaffhausen usw.).

[23]) Vgl. Einleitung oben, S. 8.

nicht überprüfbar hinstellt. Solche Erlasse sind zwar nicht schon dadurch ungültig, daß sie mit der Bundesverfassung in Widerspruch stehen, aber sie ändern durch ihre Existenz keine Verfassungsbestimmung. [24])

Der Verfassungstext bringt also *keine positiv-rechtliche Lösung.* Auch die *Auslegung* bietet keine sichere Handhabe für die Zulässigkeit der Delegation. Die Kompetenzen sind organisch abgegrenzt. Art. 84 BV. überträgt der Bundesversammlung alle Gegenstände, die nach dem Inhalt der Verfassung in die Kompetenz des Bundes gehören, sofern sie nicht einer anderen Bundesbehörde zugeschieden sind. Daß die Bundesversammlung selber einer anderen Bundesbehörde etwas von ihren Kompetenzen delegieren könnte, läßt sich weder aus dieser Bestimmung noch aus der ganzen Zuständigkeitsordnung (Art. 85 ff. BV.) erschließen. Sie scheint eher einer gegenteiligen Auslegung Raum zu bieten.

Wir wollen daher zunächst vom *rechtstheoretischen Problem* der Delegation ausgehen. Dieses Problem stellt sich vor allem für den konstitutionellen Staat, der auf dem Prinzip der Gewaltentrennung aufgebaut wurde. Die Aufteilung der staatlichen Funktionen unter verschiedene Organe will ja gerade einer Verschiebung der verfassungsmäßigen Kompetenzgrenzen zwischen Legislative und Exekutive entgegentreten; der Verfassungsgesetzgeber will dem gesetzgebenden Organ die Entscheidung über seine Rechtssetzungskompetenz selber in die Hand geben. [25]) Angesichts dessen muß es wunder nehmen, daß die Behandlung des Problems in der konstitutionellen Doktrin die verschiedensten Lösungen aufweist, von der völligen Verneinung der Frage einer Zulässigkeit der Gesetzesdelegation bis zu ihrer restlosen Bejahung. [26])

Die völlige Verneinung stützt sich darauf, daß die Delegation eine Verschiebung verfassungsmäßig statuierter Kompetenzgrenzen durch das delegierende Organ darstelle. Da ein verfassungsmäßig für bestimmte Funktionen bestelltes Organ nicht über seine eigene Kompetenz verfügen kann, ohne die Zuständigkeitsordnung eigenmächtig über den Haufen zu werfen, sei für

---

[24]) Burckhardt, Komm., S. 789.

[25]) *Roenne,* Staatsrecht II, S. 13 ff.; *Esmein,* Eléments, S. 303; *Burckhardt,* Organisation, S. 207 ff.

[26]) *Schmitt,* Vergleichender Ueberblick in Zeitschrift für ausländisches Recht VI, S. 250 ff.

Delegationen, die nicht die Verfassung selbst vorsieht, kein Raum.[27])

Diese Begründung scheint einleuchtend, beruht aber auf einer petitio principii. Sie trägt nämlich in die Definition bereits das hinein, was sie aus ihr nachher entnehmen will. Betrachten wir z. B. den Gedankengang bei Giacometti.[28]) Sein Ausgangspunkt ist: „Die Gesetzesdelegation bedeutet eine Verschiebung der verfassungsmäßig statuierten Kompetenzgrenzen zwischen den obersten Staatsorganen durch Gesetz oder selbständige Rechtsverordnung im Sinn einer Einschränkung der Zuständigkeiten des Gesetzgebers oder des Trägers von selbständigem Rechtsverordnungsrecht; sie stellt, formaljuristisch ausgedrückt, eine Abänderung der Verfassungsvorschriften über die Organkompetenzen durch Bundesgesetz oder allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschluß im Sinne einer teilweisen Aufhebung dieser Kompetenzen im konkreten Fall dar".

Nach dieser Definition als Ausgangspunkt wird die Frage aufgestellt: „Ist nun diese durch das Delegationsgesetz oder die Delegationsverordnung erfolgende Kompetenzverschiebung bzw. Verfassungsänderung verfassungsrechtlich zulässig?"

Dasselbe trifft bei Kuhne zu, der seine zum Teil sehr interessanten Darlegungen über die staatliche Zuständigkeitsordnung dadurch in ihrem Wert für die Lösung des Delegationsproblems herabsetzt, daß er letztlich auf die Definition von Giacometti („Verschiebung verfassungsmäßig statuierter Kompetenzen") wie auf ein Dogma abstellt.

Will die Legislative mit ihrer Gesetzesdelegation wirklich Kompetenzen verschieben? Kaum. Sie kann sich ja gar nicht ihrer Kompetenz begeben oder dieselbe überwälzen. Sie hat zweifelsohne kein Verfügungsrecht über ihre Kompetenz, was ihr als Gesetzgeberin doch nicht fremd sein wird. Sie will sich somit nicht der Legislativgewalt entkleiden und die delegierte Behörde auf den Thron des Gesetzgebers erheben. Wäre das der Fall, so könnte sie ja eine Delegation überhaupt nicht mehr nachträglich abändern oder aufheben. Daß sie das kann, bestreiten aber auch

---

[27]) Vgl. insbesondere *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 368; Gesetzesdelegation, S. 25 u. 28; *Fleischer,* Zeitschr. f. öffentl. Recht, XI, S. 481; *Kuhne,* S. 30 ff.

[28]) *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 388.

die unbedingten Gegner der Delegation nicht. Kann sie das aber, so überträgt sie überhaupt keine gesetzgebenden Kompetenzen. Der Delegat wird nicht absorptiver Repräsentant der Legislativgewalt, nicht Träger des Imperiums, sondern nur Ermächtigter bzw. Beauftragter.

Die *Delegationsnorm* ist ein rechtssetzender Akt mit eigenartigem Inhalt. Diesen Inhalt bildet unbestrittenermaßen die Ermächtigung eines Delegaten, *einen Erlaß der Legislative durch Rechtssätze zu vollziehen,* oder (nach der Wiener Schule) *einen Rechtssatz weiter zu konkretisieren.* Das Gesetz ist Ausführung der Verfassung, die Verordnung Ausführung des Gesetzes usw. bis zur Verfügung für den konkreten Fall.[29])

Sofern eine Verfassung nur die Form der Gesetzgebung festlegt (was regelmäßig der Fall ist), nicht aber deren Inhalt, so steht nichts entgegen, zum Inhalt einer Norm eine Ermächtigung der genannten Art zu machen.

Das ist denn auch der Standpunkt der herrschenden Lehre, die allerdings a priori eine derartige Ermächtigung unbeschränkt zuläßt,[30]) indem sie von der Souveränität des Gesetzgebers ausgeht.

Allein wo Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber nicht identisch sind, ist dem Gesetzgeber durch die Verfassung sein Bereich umgrenzt und abgesteckt. „Eine schrankenlose Delegationsmöglichkeit", wie Jellinek[31]) es formuliert „ist in diesem Fall nur innerhalb der Freiheit des gesetzgeberischen Willens zulässig, d. h. in Wirklichkeit nur beschränkt zulässig, weil diesem Willen verfassungsmäßige Schranken auferlegt sind".

Damit hätten wir das eine Moment erwähnt, das wir gegenüber einer Überspannung der Delegationslehre in der herrschenden Doktrin hervorheben möchten. Eine solche Überspannung findet sich z. B. bei Jellinek[32]): „ . . . auf dem Wege der Gesetzgebung können selbst Eingriffe in das Verfassungsrecht der

---

[29]) *Kelsen,* Allgemeine Staatslehre, S. 231 ff. und 248 ff.; *Merkel,* Rechtskraft, S. 190 f.

[30]) *Fleiner,* Institut., S. 71; *Laband,* Deutsches Staatsrecht II, S. 96 ff.; *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 333; *Anschütz,* Die gegenw. Theorien, S. 14 u. 17; *Triepel,* Archiv für öffentl. Recht 39, S. 470.

[31]) *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 383.

[32]) *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 383.

Verordnungsgewalt delegiert werden". Im Rahmen einer verfassungsgesetzlichen Regelung kann es keine unbegrenzten Befugnisse geben; jede Zuständigkeit ist begrenzt.[33])

Das andere Moment besteht darin, daß die Verfassungen der Delegation nicht nur materielle, sondern auch *formelle Schranken* ziehen können, auch wenn sie sich über die Delegation selbst nicht aussprechen. Schreiben sie nämlich für die Legiferierung in einer bestimmten Materie die Form eines formellen Gesetzes vor, so ist schon dadurch die Delegation ausgeschlossen, da die Exekutive oder die Jurisdiktion keine Gesetze im formellen Sinn erlassen dürfen. Schließlich ist die Gesetzesdelegation nicht mit den *notrechtlichen Delegationen* zusammen zu werfen, da diese auf einem „ungeschriebenen Verfassungsrecht" basiert sind.

Damit haben wir die Gesetzesdelegation rechtstheoretisch als zulässig zu betrachten, ihr Produkt aber, die unselbständige Rechtsverordnung, in die *doppelte Schranke* von Verfassung und Gesetz zu bannen und *rangmäßig dem Gesetz im formellen Sinn nachzustellen.*

Im übrigen ist die Gesetzesdelegation nach jeder in Betracht kommenden *Staatsverfassung* besonders zu qualifizieren. Wie stellt sie sich nun nach der Schweizerischen Bundesverfassung dar?

Unsere Bundesverfassung steht auf dem Boden der *Volkssouveränität.* Die Rechtssetzung im Bund erfolgt unter obligatorischer oder fakultativer Einwirkung der Aktivbürgerschaft. Die Schweiz als Gesamtstaat ist somit keine rein repräsentative, sondern eine Referendumsdemokratie. Ein gesetzgebender Erlaß ist unmittelbar kraft Parlamentwillens (ohne Mitwirkung des Volkes) nur dann möglich, wenn ihn die Bundesversammlung als „dringlich" erklärt BV. Art. 89, Abs. 2).

Über die Befugnis zur Gesetzesdelegation enthält die Bundesverfassung keine Bestimmung. Die Praxis der Bundesbehörden hat sie aber seit jeher ausgeübt[34]) und die schweizerische Doktrin hat ihre Zulässigkeit auch ohne ausdrückliche Verfassungs-

---

[33]) *Schmitt,* Verfassungslehre, S. 102. Richtig auch insoweit *Giacometti,* Verfassungsrecht, S. 69, der eine schrankenlose Kompetenz als logischen Widersinn kennzeichnet.

[34]) Z. B. in den 60er Jahren; BB. vom 6. Februar 1862 (AS. 7, S. 149), BB. vom 19. Juli 1866 (AS. 8, S. 872), in den 70er Jahren: BG. vom 19. Dezember 1877 (AS. 3, S. 379) und seither immer häufiger.

bestimmung allgemein anerkannt.[35]) Allerdings wurde diese Zulassung hauptsächlich mit rein *praktischen* Erwägungen motiviert, wie die bessere Eignung der Verwaltungsbehörde zur Ausarbeitung der Einzelbestimmungen, die leichtere Abänderlichkeit und Anpassungsfähigkeit dieser Form an rasch wechselnde Verhältnisse u. a. m. Diese Motivierung der Doktrin mit praktischer Brauchbarkeit oder Notwendigkeit basiert aber nicht auf positivem Recht, sondern auf Naturrecht und ist zwar erwähnenswert, aber unzureichend.

Giacometti führt die seit jeher ausgeübte Gesetzesdelegation im schweizerischen Bundesrecht auf einen Gewohnheitsrechtssatz zurück. Doch bezeichnet er selbst ein Jahr später die Möglichkeit einer Gewohnheitsrechtsbildung im Verfassungsrecht als „sehr problematisch", insbesondere ist der Nachweis einer solchen mit Bezug auf die Gesetzesdelegation zu gesetzesvertretenden Verordnungen „heute wohl noch kaum zu erbringen".[36])

Nach unseren vorausgehenden Ausführungen ist die Gesetzesdelegation auch nach der Schweizerischen Bundesverfassung schon deshalb nicht ausgeschlossen, weil diese die Formen der Gesetzgebung festlegt, ihren Inhalt aber in den Grenzen der Verfassung frei läßt (abgesehen von der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen). Insoweit die Bundesversammlung die Delegationsnorm in einen *referendumspflichtigen* Erlaß aufnimmt, hat übrigens die Aktivbürgerschaft die Möglichkeit, gegen die Delegation das Referendum zu ergreifen und sie in der darauffolgenden Volksabstimmung zu verwerfen. Daß dies während der vielen Jahrzehnte des schweizerischen Verfassungslebens kein einziges Mal wegen einer Gesetzesdelegation erfolgt ist, trotzdem Delegationen in referendumspflichtigen Bundesgesetzen zur Genüge enthalten waren, zeigt, daß sich die Bundesversammlung mit dieser Auslegung der Verfassung nicht mit dem Volkssouverän in Widerspruch befindet.

Anders verhält es sich, wenn die Delegation durch einen allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschluß erfolgt. In diesem Fall wird das Referendum ausgeschaltet, der Aktivbürger-

[35]) *Burckhardt*, Komm. 666; *Lampert*, S. 125; *Guhl*, S. 74; *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 414 und dort zit. Lit.

[36]) *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, S. 390; auch *Schneider*, S. 70 und *Ruck*, Staatsrecht, S. 121 „Gewohnheitsrechtliche Erscheinung"; dagegen *Giacometti*, Verordnungsrecht u. Gesetzesdelegation, S. 91.

schaft also die Möglichkeit genommen, den Erlaß einer Volksabstimmung zu unterstellen. Aber auch gegen Delegationen in dieser Form ist der Souverän nicht wehrlos, da eine Volksinitiative auf partielle Verfassungsänderung ergriffen werden kann (BV. Art. 121), um eventuell eine Delegation in dieser Form ausdrücklich auszuschließen. Bis vor kurzem wurde nun gegen Delegationen auf Grund der Dringlichkeitsklausel seit dem Inkrafttreten der geltenden Bundesverfassung keine Volksinitiative ergriffen. Erst die Krisengesetzgebung unmittelbar vor dem zweiten Weltkrieg hat zwei Volksbegehren für die Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel gebracht. Sie wurden also nicht etwa durch den Gebrauch dieser Klausel in Normalzeiten veranlaßt, sondern durch die *Notgesetzgebung* des Bundes.[37]) Eines dieser Begehren hat zu einer Reform des dringlichen Bundesbeschlusses nur insoweit geführt, als nach der neuen Fassung des Art. 89, BV. für einen solchen Bundesbeschluß nunmehr die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte verlangt wird und die Geltungsdauer des Bundesbeschlusses zu befristen ist.[38]) *Delegationen* auf Grund eines dringlichen Bundesbeschlusses wurden aber auch durch diese Reform *nicht ausgeschlossen, nicht einmal beschränkt,* obwohl das Volksbegehren gerade durch die zahlreichen Delegationen auf Grund der dringlichen Bundesbeschlüsse der Krisengesetzgebung veranlaßt wurde.

Dies dürfte vielleicht der treffendste Beweis dafür sein, daß die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation und die bald 60jährige Delegationspraxis der Bundesversammlung als mit dem Geiste der Bundesverfassung keineswegs im Widerspruch stehend angesehen werden kann.[39])

§ 3. Die schweizerische Judikatur zur Gesetzesdelegation

Wenn man in der bundesgerichtlichen Praxis die Antwort auf die Frage der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation sucht, ist man trotz der zahlreichen Fälle, in denen delegierte Erlasse des

[37]) BBl. 1939, I, 161, 533.

[38]) BBl. 1939, I, 551.

[39]) Selbst wenn sich eine juristische Begründung für die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation nicht finden liesse, was ja nicht der Fall ist, würde diese Delegation durch die „normative Kraft des Faktischen" längst ihre Rechtfertigung gefunden haben, vgl. *Homberger,* ZBJV. 77, S. 2.

Bundesrates zur richterlichen Überprüfung gelangt sind, über das Resultat enttäuscht.

Noch im Jahre 1904, nachdem durch mehrere Jahrzehnte hindurch die Gesetzesdelegation praktiziert wurde, läßt das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit offen,[40] während es sie früher vorsichtig umgangen hat.[41]

In einem späteren Entscheid aus dem Jahre 1907[42] nimmt das Bundesgericht die Zulässigkeit von Delegationen offenbar als selbstverständlich an, indem es ausführt, daß das Bundesgesetz (über Auswandereragenturen vom 12. Februar 1889) den Bundesrat zum Erlaß der nötigen Vollziehungsmaßnahmen verpflichtet und berechtigt. Es stellt lediglich fest, daß sich der Bundesrat mit seinen Anordnungen im Rahmen des Gesetzes bewege.

In einem Entscheid aus dem Jahre 1913[43] wird erklärt, die Aufgabe des Bundesgerichtes beschränke sich auf die Nachprüfung der rechtlichen Grundlagen zum Erlaß der bundesrätlichen Verordnung, d. h. auf die Untersuchung, ob der Gesetzgeber den Bundesrat zum Erlaß der in Frage kommenden Verordnung ermächtigen *wollte*. Ob der Gesetzgeber aber ermächtigen *durfte*, läßt somit das Bundesgericht ununtersucht. Diese Frage erachtet es offenbar als durch das Bundesgericht gar nicht überprüfbar. Es fügt überdies ausdrücklich hinzu, daß es nicht einmal die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Verordnungsvorschrift untersuchen könne, solange sie sich im Rahmen der Delegationsnorm bewegt.

Die gleiche Einstellung finden wir in den Entscheiden 50 I 337, 51 I 451, 52 I 61, 52 I 342. In einem Entscheid von 1936[44] wird schließlich *offen* ausgesprochen, es sei nicht zu untersuchen, ob die Bundesversammlung den Bundesrat zur Aufstellung von Verordnungsvorschriften ermächtigen *könne*, sondern nur inwieweit sie den Bundesrat ermächtigen *wolle*.

Somit bleibt uns das Bundesgericht die Antwort über die Frage der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation schuldig. Es hält sich nicht für kompetent, den Bundesgesetzgeber in bezug auf die Verfassungsmäßigkeit seiner Anordnungen, zu denen auch

[40]) BGE. 30, I, 68/70; 30, I, 719.
[41]) BGE. 29, I, 43 f.
[42]) BGE. 33, I, 414.
[43]) BGE. 39, I, 410.
[44]) BGE. 62, I, 79.

Delegationen gehören, zu kontrollieren. Es betrachtet somit, und mit Recht, die Bestimmung des Art. 113 letzter Absatz BV. auch als Schranke in bezug auf die Frage der Zulässigkeit von Gesetzesdelegationen. Man muß ihm in dieser Richtung zustimmen, denn die Bundesverfassung wollte eben keinen Verfassungsgerichtshof.

§ 4. Die Subdelegation

Die Praxis der oben behandelten Gesetzesdelegation beschlägt in gleichem Maße auch die Subdelegation. Unter einer solchen versteht man *die Weiterübertragung der in der Delegationsnorm enthaltenen Ermächtigung seitens des Delegaten an eine untergebene Behörde.*[45]) Der Delegat übt in diesem Fall die ihm übertragene Ausführung eines Erlasses nicht oder nicht nach allen Seiten selber aus, sondern überträgt sie einem ihm untergeordneten Organ, z. B. der Bundesrat an seine Departemente.

Die Subdelegation wird von der herrschenden Lehre ohne weiteres zugelassen, sofern die Delegationsnorm sie nicht ausdrücklich ausschließt, und zwar mit Rücksicht auf die innere Einheit des Verwaltungsorganismus, dessen Aufgabe die fortschreitende Vollziehung der Gesetze ist,[46]) oder — nach der Wiener Schule — die fortschreitende Konkretisierung des Rechtssatzes.

Die prinzipiellen Gegner der Delegation, die diese als eine eigenmächtige Kompetenzverschiebung ablehnen, leugnen natürlich auch die Zulässigkeit der Subdelegation, die für sie eine noch weitergehende Verfügung über Kompetenzen bedeutet.[47])

Vereinzelte Befürworter der Delegation lehnten früher eine Subdelegation ab unter Berufung auf den Satz „delegatus non potest delegare".

Unsere Einstellung zur Subdelegation ist dieselbe wie zur Delegation. Prinzipiell besteht die Ausführung eines Rechtssatzes zunächst in seiner stufenweisen Konkretisierung vom Verfassungs-

---

[45]) Vgl. z. B. *Jellinek,* Gesetz, S. 393; *Schoen,* Archiv für öffentl. Recht VI, S. 165.

[46]) *Jellinek,* Gesetzesanwendung, S. 257; *Kormann,* System der rechtsgesch. Staatsakte; *Thoma,* Der Polizeibefehl, S. 338.

[47]) *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 391; Verfassungsrecht, S. 77; *Kuhne,* S. 155 ff.

grundsatz zur entwickelnden Gesetzesnorm und von dieser zur weiterspezifizierenden Ausführungsverordnung ersten und weiteren Grades bis hinab zur untersten Verwaltungsbehörde, die ihn durch Verfügung vollzieht.

Sofern sich also aus der Delegationsnorm nichts Gegenteiliges ergibt, kann die delegierte Behörde ihr unterstellte Verwaltungsorgane mit der Konkretisierung des Erlasses durch weitere Rechtssätze betrauen. Die Subdelegation ist demnach an unterstellte Organe des gleichen Verwaltungsorganismus insoweit zulässig, als die betreffenden Organe für die gegenständliche Materie und das in Betracht kommende sachliche und örtliche Gebiet Verordnungsgewalt haben.

Eine Subdelegation bundesrätlicher Kompetenzen ist im übrigen auch in Art. 103 BV. verfassungsrechtlich sanktioniert unter Vorbehalt des Beschwerderechtes an das Bundesgericht.[48])

Die schweizerische Doktrin läßt, soweit sie die Frage der Subdelegation überhaupt behandelt, für die Bundesgesetzgebung auch Subdelegationen zu.[49]) Fleiner, der die Zulassung von Delegationen als unbestritten bezeichnet, läßt nichtsdestoweniger eine Subdelegation nicht zu, ohne diese Einstellung zu begründen. Allein auch er gibt einer Subdelegation Raum, wenn die Delegationsnorm eine solche vorsieht.[50])

§ 5. Die Rechtsstellung des Bundesrates als Delegaten der Gesetzesdelegation

In der schweizerischen Literatur ist die Frage kaum angeschnitten worden, welche Rechtsstellung eigentlich dem Bundesrat als Adressaten der Gesetzesdelegation zukomme. Handelt er in dieser Rolle als Regierungsbehörde oder als Verwaltungsbehörde oder in einer anderen Eigenschaft?

---

[48]) Vgl. auch BG. vom 26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, BRB. vom 17. November 1914 betr. die Zuständigkeit der Departemente und ihnen unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften. BG. vom 11. Juni 1928 über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege.

[49]) *Burckhardt*, Komm., S. 666, Nr. 2; *Rüegg*, S. 118.

[50]) *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 414; in seinen Institutionen (S. 51) verlangt er zur Subdelegation die *ausdrückliche* Erlaubnis des Gesetzgebers.

Als *Regierungsbehörde* („oberste leitende Behörde der Eidgenossenschaft" BV. Art. 95) hat der Bundesrat eine selbständige Stellung gegenüber der Bundesversammlung.[51]) Es ist das der Bereich der *Staatspflege,* in welchem er für Bestand und Sicherheit des Bundes zu sorgen hat. (Art. 102, Ziff. 8, 9 und 10 BV.) Soweit diese Funktion eine rechtssetzende Tätigkeit erfordert, ist der Bundesrat, wie im Abschnitt über die selbständigen Rechtsverordnungen desselben näher auszuführen sein wird, Gesetzgeber im *materiellen* Sinn des Wortes und bedarf keiner „Delegation der gesetzgebenden Gewalt".

Als *Verwaltungsbehörde* übt hingegen der Bundesrat eine gebundene Tätigkeit aus, die sog. Vollziehung, die „lediglich vorhandene Vorschriften des Gesetzes zur Wirkung zu bringen hat" (Fleiner). Auch in dieser Tätigkeit haben wir aber zwei Bereiche zu unterscheiden:

a) Bereich der Verordnungsgewalt des Bundesrates

Dieser leitet sich direkt aus der Verfassung her, die in Art 102, Ziff. 2 und 5 den Bundesrat zum Vollzieher der Bundeserlasse macht. Auch in diesem Bereich handelt der Bundesrat aus eigenem Recht und bedarf zu seinen Verordnungen keiner Ermächtigung der Bundesversammlung. Allerdings handelt es sich hier um *Verwaltungsverordnungen,* die keine Rechtssätze enthalten.[52])

Diese Verwaltungsverordnungen begrenzen sich auf den Ausbau der im auszuführenden Rechtssatz enthaltenen Rechtsgedanken; sie sind *Vollziehungs-* oder *Ausführungsverordnungen* im eigentlichen Sinn und finden ihre rechtliche Grundlage im verfassungsmäßigen Dasein der obersten Verwaltungsbehörde selbst. Die Aufgabe einer Verwaltungsbehörde besteht ja vor allem in der Sicherung einer gleichmäßigen Anwendung und einer einwandfreien Durchführung der Gesetze sowie einer Anpassung derselben an die äußeren Umstände. Wenn gleichwohl dem Bundesrat durch viele Bundesgesetze das Recht zum Erlaß von Ausführungsver-

---

[51]) *Burckhardt,* Komm., S. 666; *Ruck,* Staatsrecht, S. 90; *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 216, Nr. 1 unterscheidet „gebundene Tätigkeit" (Vollziehung) und „freie Tätigkeit" (Regierung).

[52]) *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 412; *Burckhardt,* Komm. zur Art. 102, BV.; *Ruck,* Staatsrecht, S. 91; *Ruck,* Verwaltungsrecht I, S. 65.

ordnungen ausdrücklich erteilt wird, so kann dies als ein Überrest der früheren Theorie gedeutet werden, die schlechthin alle Allgemeinvorschriften als Gesetze auffaßte und daher eine Delegation für den Erlaß solcher Verordnungen für nötig hielt. Dennoch kommt heute noch dieser Delegation eine gewisse Bedeutung zu: Einerseits ist es möglich, durch Delegation nicht nur den Bundesrat, sondern auch andere Organe mit dem Erlaß von Rechtsverordnungen zu beauftragen (so das Bundesgericht oder untere Verwaltungsbehörden), und andererseits kann dem Träger des Verordnungsrechts dadurch, über das ihm an und für sich zustehende Recht der Vollziehung und Anpassung des Erlasses an die äußeren Umstände hinaus, die Ermächtigung erteilt werden, das Gesetz durch *Rechtsnormen* zu ergänzen, sofern es zur Ausführung desselben nötig ist. Wird von einer solchen Ermächtigung Gebrauch gemacht, so greift die Ausführungsverordnung über den Bereich der Vollziehung hinaus in den Bereich der Rechtssetzung über. Die Verordnung ergänzt dadurch das Gesetz und wird eine sog. *gesetzesergänzende Verordnung*. Es handelt sich hier um den

b) Bereich des übertragenen Wirkungskreises des Bundesrates.

Soweit es sich um Rechtsverordnungen handelt und diese nicht den Regierungsbereich des Bundesrates beschlagen, kann der Bundesrat nur auf Grund einer von Fall zu Fall erteilten Gesetzesdelegation der Bundesversammlung in diesem Bereich zur Rechtssetzung berufen werden. Es kann sich hier somit nur um ein

1. spezielles und
2. unselbständiges

Rechtsverordnungsrecht handeln.

Daraus ergibt sich die Stellung des Bundesrates in diesem Bereich seiner Tätigkeit ohne weiteres. Er ist hier nicht magistratus cum imperio, sondern nur *magistratus cum potestate*, d. h. er ist Behörde mit einem rechtlich genau umschriebenen (gebundenen) Wirkungskreise, wobei dieses Recht von Fall zu Fall in einer Delegationsnorm der Bundesversammlung formuliert wird.

Als delegierte Behörde ist er in dieser Richtung nicht „oberste vollziehende Behörde der Eidgenossenschaft" (BV. Art. 95),

sondern der Bundesversammlung als „oberste Gewalt des Bundes" (BV. Art. 71) *verwaltungshierarchisch unterstellt.* Er ist nur Glied des Verwaltungsorganismus mit der Bundesversammlung als Spitze. Als solches ist er, wie jede untere Verwaltungsbehörde, dem Weisungsrecht der Bundesversammlung unterworfen.

Daraus folgt zunächst, daß die Delegationsnorm keine bloße Ermächtigung ist, wie der Ausdruck „Delegation" besagt, sondern zugleich Auftrag im Sinn eines *Verwaltungsbefehls.* Der Bundesrat hat diesem Auftrag nachzuleben; er kann ihn nicht ablehnen oder abändern. Andererseits ist die Bundesversammlung als dominus negotii frei, den Auftrag zwar nicht zurückzunehmen, aber aufzuheben oder abzuändern. Das ergibt sich aus ihrer Befugnis, ihre eigenen Rechtserlasse wieder aufzuheben und abzuändern, da sie den Inhalt ihrer Erlasse im Rahmen der Bundesverfassung frei bestimmen kann.

Es erhebt sich aber die Frage, ob die Bundesversammlung auch die auf ihre Delegation hin ergangene *Rechtsverordnung* des Bundesrates aufheben oder abändern könne. Fleiner[53]) scheint das anzunehmen, indem er ausführt, die Bundesversammlung habe darüber zu wachen, daß die Schranken des Verordnungsrechts eingehalten werden, während Ruck[54]) die entgegengesetzte Ansicht vertritt. Kraft seiner Aufsichtsgewalt, sagt Ruck, könne das Parlament eine Rechtsverordnung des Bundesrates nicht ändern oder aufheben, da eine solche Maßnahme ein rechtswidriger Eingriff in die Zuständigkeit der ermächtigten Behörde wäre. Sie könne nur die Weisung der Aufhebung oder Abänderung der Rechtsverordnung geben oder dasselbe durch Erlaß eines der Rechtsverordnung widersprechenden Gesetzes (kraft Vorrang des Gesetzes) erreichen.

Mit dieser Stellungnahme Rucks kann man einig gehen, nur scheint uns die Begründung nicht ganz stichhaltig zu sein. Es handelt sich nicht um einen Eingriff in die Zuständigkeit der ermächtigten Behörde, da die Delegation, wie wir bereits im vorhergehenden Paragraphen ausführten, keine Zuständigkeiten zuteilt. Hingegen ist die Rechtsverordnung des Bundesrates ein Gesetz im materiellen Sinn und ein Gesetz kann, wenn nicht posi-

---

[53]) *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 166, Nr. 15.
[54]) *Ruck,* Staatsrecht, S. 122.

tivrechtlich etwas anderes bestimmt wird, nur von der Behörde, die es gesetzt hat, abgeändert oder aufgehoben werden. Wir glauben daher auch nicht, daß der Erlaß eines der Rechtsverordnung widersprechenden Gesetzes durch die Bundesversammlung kraft Vorrangs vor einer unselbständigen Rechtsverordnung des Bundesrates diese letztere aufheben kann, da man von einem „Vorrang des Gesetzes" nur dann sprechen kann, wenn sich die Verordnung nicht im Rahmen der Delegationsnorm bewegt.[55] Hingegen wird das neue Gesetz als *lex posterior* den gewünschten Erfolg haben können.

Aus dem Gesagten erhellt, daß u. E. der einfachere Weg die Weisung der Bundesversammlung an den Bundesrat zur Aufhebung oder Abänderung seiner unselbständigen Rechtsverordnung sein wird, oder, wenn dies keinen Erfolg haben sollte, die Aufhebung der Delegationsnorm, womit auch die delegierten Erlasse hinfällig werden.

Mehr Beachtung fand in der schweizerischen Literatur die *Genehmigungsfrage* d. h. die Frage, ob die Gesetzesdelegation an den Bundesrat mit Genehmigungsvorbehalt der zu erlassenden Rechtsverordnungen erfolgen darf. Burckhardt[56] spricht sich dagegen aus, steht aber mit dieser Einstellung allein da. Aus der hier vertretenen Auffassung der Delegation als Weisung an eine dem Delegaten unterstehende Verwaltungsbehörde folgt ohne weiteres, daß die obere der unteren Behörde auch die Modalitäten vorschreiben kann und eine solche Modalität ist eben auch der Genehmigungsvorbehalt.

Burckhardt geht davon aus, daß es einen Unterschied darstelle, ob die oberste Verwaltungsbehörde das Verordnungsrecht unter Vorbehalt der Genehmigung an eine untere überträgt, oder ob dies die Bundesversammlung gegenüber dem Bundesrat tue. Die oberste Verwaltungsbehörde — gemeint ist offenbar der Bundesrat — sei ohnehin für die gesamte Verwaltung verantwortlich, während die ihr untergebenen Amtsstellen keine selbständige Verantwortlichkeit tragen, indem sie nicht selbständig handeln können. Der Bundesrat sei eben verpflichtet, gegenüber der Bundes-

[55]) *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 414.

[56]) *Burckhardt,* Komm., S. 667; dafür *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 166, Anm. 15; *Guhl,* S. 88; *Giacometti,* Rechtsverordnungsr., S. 391; *Ruck,* Staatsr., S. 122.

versammlung voll verantwortlich zu sein; deshalb müsse er auch eigene, fest abgegrenzte Kompetenzen besitzen.

Die Gründe Burckhardts sind sehr bestechend. Wenn wir seiner Auffassung nicht Folge leisten, so liegt der Grund in folgendem: Abgesehen davon, daß eine Behörde als solche rechtlich nie verantwortlich sein kann, sondern stets nur ihre einzelnen Mitglieder, sehen wir den Bundesrat in seiner Stellung als Delegaten der Bundesversammlung nicht in seiner Funktion als oberste Verwaltungsbehörde, sondern, wie schon ausgeführt wurde, als der Bundesversammlung, die auch oberste Verwaltungsgewalt besitzt, untergeordnete Behörde. Der Bundesrat ist hier nämlich nicht im Bereich seiner freien, spontanen Regierungstätigkeit, in welcher er der Bundesversammlung nicht untersteht, sondern im Bereich seiner *gebundenen* Tätigkeit. In diesem Bereich untersteht er hierarchisch dem Weisungsrecht der Bundesversammlung und hat ihren Anordnungen (als Beamtenregierung) Folge zu leisten.

Delegationen mit Genehmigungsvorbehalt finden sich schon in den 60er Jahren im

BB. vom 6. Februar 1862 (AS. 7, 149) und
BB. vom 19. Juli 1866 (AS. 8, 872);

in den 70er Jahren im

BG. betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals vom 19. Dezember 1877 (AS. 3, 379);

in den 80er Jahren im

BB. vom 1. Juli 1880 (AS. 5, 113);

in den 90er Jahren im

Zollgesetz vom 28. Juni 1893, Art. 1 (Durchfuhrgebühren) und im Rückkaufsgesetz vom 20. Februar 1898 (AS. 16, 153) Art. 3;

seither im

Nationalbankgesetz vom 6. Oktober 1905 (AS. 22, 47) Art. 56; im BG. über die Versicherungskasse der Bundesbeamten vom 28. Juni 1919, im BG. betr. Organisation der Bundeskanzlei vom 28. Juni 1919, Art. 6 und im Nationalbankgesetz vom 7. April 1921, Art. 63 (AS. 37, 581).

Die Genehmigungsklausel bringt allerdings, wie Ruck[57]) richtig bemerkt, ein unerfreuliches Ineinander der Zuständigkeiten der ermächtigenden und ermächtigten Behörde, weshalb wir ihre praktische Anwendung ablehnen, aber rechtstheoretisch können wir nach unseren Darlegungen ihre Zulässigkeit nicht abstreiten.[58])

Besonders bemerkenswert erscheint uns, daß eine Delegation mittels dringlichen Bundesbeschlusses nicht auch Dringlichkeit der Genehmigung nach sich ziehen muß. Wenn nun die Genehmigung selber durch allgemein verbindlichen nicht dringlichen Bundesbeschluß erfolgt, so kann es vorkommen, daß gegen diesen das Referendum ergriffen und der Bundesbeschluß zu Fall gebracht wird. In einem solchen Fall frägt es sich, was die Bundesversammlung machen soll, wenn die delegierte Rechtsverordnung des Bundesrates der Delegation entsprach, ihre Genehmigung aber durch das Referendum sabotiert wurde.

In einem solchen Fall kommt es u. E. auf die rechtliche Bedeutung an, die der Genehmigung beigelegt wird. Die Genehmigung kann z. B. Gültigkeitsvorschrift sein oder nur die Bedeutung haben, daß der delegierte Erlaß erst mit der Genehmigung vollziehbar wird, oder endlich, daß dieser Erlaß auch vollziehbar ist, seine weitere Wirksamkeit aber mit Versagung der Genehmigung aufhört.

In der Regel tritt die Bedeutung der Genehmigung allein bei der Vollziehung hervor, wenn nichts anderes bestimmt ist;[59]) ist die Genehmigung hingegen Gültigkeitsvorschrift, so verliert die betreffende Rechtsverordnung mit Aufhebung des genehmigenden Beschlusses durch die Referendumsabstimmung seine Gültigkeit. Dies hindert aber nicht, daß der Bundesrat eine neue Rechtsverordnung auf Grund der gleichen Delegation erlassen kann, weil diese Delegation nunmehr als nicht ausgeführt anzu-

---

[57]) *Ruck,* Staatsrecht, S. 122.

[58]) Abgelehnt wurde diese Form beim Lebensmittelgesetz vom 8. Dezember 1905 (Sten.-Bull., STR. 13, S. 256, 259, 263, 285), da sich das Eidg. Justizdep. dagegen aussprach, vgl. auch Sten.-Bull., Nr. 13, S. 421, 435 und Nr. 14, S. 71. Ebenso beim Absinth-Gesetz vom 24. Juni 1910 (Sten.-Bull., Nr. 20, S. 272), was aber nicht verhindert hat, dass sie in späteren Gesetzen (oben zit.) wieder aufgenommen wurde.

[59]) *Laband,* Staatsrecht I, S. 300; *Fleiner,* Bundesstaatsr., S. 167; *Triepel,* Reichsaufsicht, S. 624. Im ZGB., Schl. T., Art. 52/53 ist z. B. die Genehmigung (allerdings kantonaler Anordnungen) als Gültigkeitsbedingung aufgestellt, im Art. 401, Str. R., ist diese Sanktion nicht gestellt.

sehen ist. Ist die Genehmigung Vollzugsvoraussetzung, so bleibt die bundesrätliche Verordnung trotz Aufhebung des Genehmigungsbeschlusses gültig, kann aber nicht vollzogen werden. Ein unerfreulicher Zustand. Für eine neue Verordnung ist kein Raum, solange die alte gilt, aber praktisch ist diese letztere unwirksam. Dasselbe gilt für den Fall, daß durch die Aufhebung der Genehmigung der Vollzug eingestellt werden muß.

Aus diesen Gründen wird die Bundesversammlung mit Genehmigungsklauseln in bezug auf delegierte Rechtsverordnungen vorsichtig sein müssen. Die Genehmigungsklausel ist tatsächlich auch in den letzten Jahren nur selten angewandt worden. Im Notrecht spielt sie allerdings eine bedeutend größere Rolle.

§ 6. Form und Inhalt der Gesetzesdelegation

Über die Formen, in denen die Delegationserlasse der Bundesversammlung an den Bundesrat ergehen, ist bereits in den vorausgehenden Darlegungen gesprochen worden. Nunmehr sollen diese Formen näher betrachtet werden.

Da sich die Bundesverfassung über Delegationen nicht ausspricht, enthält sie naturgemäß auch über ihre Formen keine Andeutungen. Schon aus der Natur des Delegationserlasses als eines rechtssetzenden Aktes folgt, daß sich dieser Erlaß in den rechtssetzenden Formen bewegen muß.

Wie in manchem andern Punkt dieses hauptsächlich durch die Praxis ausgebildeten Instituts geht aber die Praxis über die Theorie hinaus und zeitigt auch *formlose* und sogar *stillschweigende* Delegationen. So ist z. B. der BRB. vom 28. Juli 1922 betr. die Anwendung der Alkoholgesetzgebung auf das Brennen von Obstweinen[60]) kraft stillschweigender Delegation der Bundesversammlung ergangen, was die Judikatur nicht beanstandet hat.[61]) Ein weiteres Beispiel, das dem Bundesgericht vorgelegt worden ist, bildet die bundesrätliche Verordnung vom 2. Dezember 1921 betr. die Veranlagung und den Bezug des Militärpflichtersatzes

[60]) AS. 38, S. 480.
[61]) BGE. 51, I, 451.

von Auslandschweizern (BGE. 53 I 433). Auch die Doktrin läßt stillschweigende Delegationen zu.[62])

Da der Bundesrat zu den meisten Bundesgesetzen im formellen und materiellen Sinn Vollziehungsverordnungen rechtssetzenden Inhalts erläßt, da zudem solche Verordnungen zahlreicher sind, als die gesetzgebenden Erlasse der Bundesversammlung, weil zu einem solchen Erlaß vielfach mehrere Verordnungen ergehen, ist es nicht leicht, diese Verordnungen in allen Fällen auf eine ausdrückliche Gesetzesdelegation zurückzuführen. In den meisten Fällen setzt die Bundesversammlung ihrem gesetzgebenden Erlaß eine Vollzugsklausel bei, wie: „Der Bundesrat sei mit dem Vollzug dieses Gesetzes beauftragt" (z. B. Art. 19 BG. vom 18. Dezember 1936 betr. Revision der Titel 24—33 OR.) oder „Der Bundesrat wird beauftragt, die zur Ausführung dieses Gesetzes erforderlichen Verordnungen zu erlassen" (Art. 51 BG. betr. die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907) u. a. m.

Nach dem Wortlaut solcher Bestimmungen liegt keine Gesetzesdelegation vor. Allein es ist in Betracht zu ziehen, daß die bloße Vollziehung von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen eine verfassungsmäßige Funktion des Bundesrates ist. (Art. 102, Ziff. 5 BV.) und keines Auftrages der Bundesversammlung bedarf, die dazu auch gar nicht kompetent wäre. Der Auftrag zur Gesetzesvollziehung muß daher einen über Art. 102, Ziff. 5 BV. hinausgehenden Sinn haben und ein solcher dürfte eben in der Gesetzesdelegation zu finden sein.[63]) Bundesgesetze, die einer Vollziehung durch Rechtssätze nicht bedürfen, enthalten keine Vollzugsklausel. Eine solche fehlt z. B. beim ZGB. (Art. 61, Schlußtitel); hingegen enthält es solche Klauseln bei den einzelnen Instituten (Art. 39, 119, 885, 943, 945, 949, 953, 954, 956, 967, 977, 18 Schl. T.); ebenso fehlt sie beim BG. über die Militärversicherung vom 23. Dezember 1914 (AS. 33, 1097) u. a. m.

Die Gesetzesdelegation kommt demnach viel häufiger vor, als man nach den stereotypen Vollzugsklauseln anzunehmen geneigt wäre. Man darf sogar soweit gehen zu behaupten, sie sei in jeder Vollzugsklausel mitenthalten.

[62]) *Burckhardt,* Komm., S. 666, Nr. 2; *Giacometti,* Rechtsverordnungsrecht, S. 383 ff.

[63]) So auch *Giacometti,* Rechtsverordnungsr., S. 384; *Burckhardt,* Komm., S. 666, Nr. 2. Dagegen *Ruck,* Verwaltungsr. I, S. 63, der eine ausdrückliche Delegationsklausel zum Erlass einer Rechtsverordnung fordert.

Die Delegationsnorm kann, wie bereits hervorgehoben wurde, nicht nur auf einem Bundesgesetz beruhen, sondern auch auf Bundesbeschlüssen, insbesondere solchen, die dem Referendum entzogen sind, also als dringlich erklärt wurden. Im letzteren Fall stellt sich die Delegationsnorm als *Rechtsverordnung* der Bundesversammlung dar. Die aktuellsten Rechtsverordnungen dieser Art sind *notrechtlicher Natur,*[64]) fallen somit außer den Rahmen unserer rechtlichen Betrachtung, da sich das Notrecht nicht auf die Verfassung stützen kann.

Gesetzesdelegationen auf Grund von dringlichen Bundesbeschlüssen sind nunmehr gemäß der durch die Volksabstimmung vom 22. Januar 1939 zustande gekommenden Reform des Art. 89 BV. nur noch zulässig, wenn deren Inkrafttreten „keinen Aufschub erträgt" und sie „die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte als dringlich erklärt". Überdies ist deren Geltungsdauer zu befristen.

Damit werden auch die delegierten Erlasse des Bundesrates auf Grund dringlicher Bundesbeschlüsse dieser zeitlichen Begrenzung ihrer Geltungsdauer unterworfen. Für ihre Verlängerung ist ein neuer Erlaß der Bundesversammlung nötig, der gleichfalls, wenn er dem Referendum entzogen werden soll, die genannte Voraussetzung erfüllen muß. Damit ist sicherlich den referendumsfreien Delegationen eine enge Grenze gezogen worden.

Neben dem Bundesgesetz und dem allgemein verbindlichen nichtdringlichen oder dringlichen Bundesbeschluß stellt aber auch der *einfache Bundesbechluß* eine Form dar, in die die Bundesversammlung Rechtssätze einkleiden kann. Nach der Praxis kann nämlich auch die Bundesversammlung selbst Trägerin von *unselbtändigem Rechtsverordnungsrecht* sein und zwar kraft Delegation durch ein Bundesgesetz im formellen Sinn.

Derartige Delegationen an die Bundesversammlung sind z. B. enthalten im Art. 38 Schl. T. ZGB., in der MO. Art. 33, 38, im BG. über die Kranken- und Unfallversicherung von 1911 Art. 119 und 122, im Militärversicherungsgesetz vom 23. Dezember 1914 Art. 55 usw.[65]) Auch die Doktrin geht mit solchen Delegationen

---

[64]) Insbes. der BB. über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939 (ausserordentl. Vollmachten).

[65]) Zusammengestellt im Sten.-Bull., StR. 1924, S. 278.

an die Bundesversammlung selbst einig.[66]) Daraus läßt sich die Folgerung ziehen, daß die Bundesversammlung, soweit sie durch eine derartige bundesgesetzliche Delegation im Einzelfall in einfachen Bundesbeschlüssen Rechtssätze aufnehmen darf, auch Delegationen an den Bundesrat zu Rechtsverordnungen in einem solchen einfachen Bundesbeschluß vornehmen darf. So beruht z. B. der BRB. vom 26. Dezember 1917 betr. Behandlung von Streitigkeiten aus der Militärversicherung teilweise auf Art. 177 des einfachen Bundesbeschlusses vom 28. März 1917 betr. Organisation und Verfahren des Eidgenössischen Versicherungsgerichts.

In den Formen der Gesetzesdelegation herrschen somit variae causarum figurae wie sie ein langjähriges Verfassungsleben in Fortbildung der Bundesverfassung und in Anpassung an die Bedürfnisse der Praxis ausgebildet hat, und zwar unter stillschweigender Billigung des Volkssouveräns, sowie größtenteils auch unter Zustimmung der schweizerischen Doktrin.

Dieser reichen Verschiedenheit der Formen entspricht in der Praxis auch diejenige des *Inhalts der Delegationsnormen.* Es folgt aus der Natur des unselbständigen Verordnungsrechts, daß es kein generelles, sondern lediglich von Fall zu Fall delegiert, also nur ein *spezielles* sein kann. Die Delegationsnorm formuliert jedesmal den Inhalt der Ermächtigung und stellt somit die Grenzen fest, in welchen sich die Ausführung des Erlasses der Bundesversammlung durch Rechtssätze zu bewegen hat. Innerhalb dieser *Schranke der Spezialität* kann sich aber die Gesetzesdelegation in einem weitern oder engern Rahmen bewegen. Sie kann den Gegenstand oder die Gegenstände der Delegation genau umschreiben oder aber allgemein auf Rechtssetzung in allen Materien des delegierenden Erlasses lauten.

So delegiert z. B. das BG. betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 21. Dezember 1928 gemäß Art. 12 „Bestimmungen über allfällige weitere Erfordernisse für die Eintragung einer Marke" zu treffen; Art. 13 delegiert ihr „Bestimmungen über die dem Amt (für geistiges Eigentum) obliegende Führung des Markenregisters" zu treffen; Art. 17 läßt ihn die Taxe für Mitteilungen und Aufschlüsse aus dem Register festsetzen; Art. 35 ermächtigt den Bundesrat, den Marken gewisser Staaten einen provisorischen Schutz zuzusichern. Hingegen wird

[66]) *Burckhardt,* Komm., S. 667/68; *Giacometti,* Rechtsverordnungsr., S. 391.

der Bundesrat gemäß Art. 37 generell „beauftragt, die zur Ausführung dieses Gesetzes erforderlichen Reglemente und Verordnungen zu erlassen".[67])

In vorbildlicher Weise sind die Delegationen im BG. über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 und dem Ergänzungsgesetz vom 18. Juni 1915 spezifiziert. In einem besonderen, ausführlichen Artikel (60 bis) mit der Überschrift „Vollmachten an den Bundesrat" sind unter Ziff. 1—6 die Vorschriften genau detailliert, die der Bundesrat aufzustellen hat. In einem Art. 60 ter sind weitere Detaillierungen zu erlassender bundesrätlicher Vorschriften vorgenommen mit der ausdrücklichen Erwähnung, daß „die vom Bundesrat erlassenen allgemeinen Vorschriften . . . über die Zugehörigkeit zur Versicherung . . . für den Richter verbindlich" sind.

Eine derartige Bestimmung ist äußerst selten. Mit ihr wurden diese delegierten Erlasse trotz ihres Verordnungscharakters sogar der richterlichen Prüfung entzogen, was gegen Art. 113 letzter Absatz BV. verstößt, aber trotzdem gerade gemäß dieser Bestimmung unanfechtbar ist.

Es frägt sich nun, in welchem *Umfang* eine Gesetzesdelegation zulässig ist. Schon Jellinek [68]) erklärt (1887): „Grenzen und Inhalt solcher Delegationen lassen sich a priori nicht bestimmen". Für die schweizerische Gesetzgebung erklärt im gleichen Sinn Burckhardt[69]): „Wieweit diese unumgängliche Delegationsbefugnis geht, läßt sich durch ein generelles Kriterium nicht abgrenzen. Gewiß entspricht es dem Geist der Bundesverfassung nicht, daß sich die Bundesversammlung der gesetzgeberischen Lösung wichtiger Fragen zu Lasten des Bundesrates entledige; was aber der Gesetzesform wert und bedürftig ist, läßt sich nicht durch äußere Merkmale bestimmen". Damit stellen die beiden großen Rechtslehrer das Problem der Grenzziehung als theoretisch unlösbar dar, ein gewiß unbefriedigender Zustand. Es schwebt ihnen offensichtlich die von der Laband'schen Schule propagierte Souveränität des Gesetzgebers vor. Allein im

---

[67]) Wir haben bereits erwähnt, dass auch eine Delegation zur „Ausführung" eines Gesetzes nicht bloss den Sinn des Art. 102, Ziff. 5, BV. hat.

[68]) *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 382.

[69]) *Burckhardt,* Komm., S. 666; *Giacometti,* Rechtsverordnungsr., S. 392.

schweizerischen Verfassungsrecht haben wir keinen unantastbaren, in erhabener Souveränität thronenden Gesetzgeber, sondern eine Art rechtssetzender Hierarchie: einen Verfassungsgesetzgeber, einen Gesetzgeber und einen Träger der Rechtsverordnungsgewalt. Verfassungsgesetzgeber ist *das Volk* (obligatorisches Referendum), Gesetzgeber sind die *Bundesversammlung und das Volk* (fakultatives Referendum), Rechtsverordnungsgewalt hat die *Bundesversammlung und der Bundesrat,* teils in eigenem, teils in übertragenem Bereich.

Sogar die Bundesversammlung hat eine selbständige Rechtsverordnungskompetenz nur bei Dringlichkeit u. z. nach der neuen Fassung des Art. 89 BV. im Sinne von zeitlicher Dringlichkeit und lediglich provisorisch (befristete Geltungsdauer).

Soweit also die Bundesversammlung durch ein Bundesgesetz oder einen referendumspflichtigen Bundesbeschluß delegiert, kann sie den Träger von unselbständigem Rechtsverordnungsrecht nicht zum Erlaß von neuen Rechtssätzen ermächtigen, die in der Delegationsnorm nicht bereits enthalten sind, denn im gegenteiligen Fall würde die Aktivbürgerschaft von ihrer virtuellen Mitwirkung an der Rechtssetzung ausgeschaltet. Daraus ergibt sich, wie wir im folgenden sehen werden, die Unzulässigkeit von sog. *Blankettgesetzen* als Inhalt der Delegationsnorm gemäß der bestehenden Bundesverfassung, (vgl.: Blankettdelegation S. 38 ff.).

Soweit hingegen der Delegationserlaß einen allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschluß darstellt, könnte er auch ein Blankettgesetz sein, da in diesem Fall die Bundesversammlung allein ohne Vetorecht des Volkes Gesetzgeber ist. Allein die Delegation und der delegierte Erlaß sind nur von zum voraus streng befristeter Geltungsdauer, sie bedürfen also des nachträglichen Einbaues in die ordentliche Gesetzgebung, wenn sie nicht mit Ablauf der kurzgedachten Befristung verschwinden sollen.

Von diesen Regeln macht lediglich die sog. *Notverordnung* eine Ausnahme, da sie sich überhaupt nicht auf die Verfassung stützt und stützen kann. Außerhalb der Notverordnung ist, wie wir gesehen haben, von einer schrankenlosen Delegationsmöglichkeit der Bundesversammlung keine Rede. Die referendumspflichtige Delegation stößt sich schon an der Gesetzesschranke, die nichtreferendumspflichtige jedenfalls an der Verfassungsschranke. Überdies ist letztere streng provisorischer Natur.

Wir empfehlen daher für die Delegationen folgende Einteilung:

a) Ordentliche Delegationen
b) Provisorische Delegationen
(Dringlichkeitsdelegationen)
c) Notstandsdelegationen.

a) Ordentliche Delegationen

Diese erfolgen durch *referendumspflichtige* Erlasse der Bundesversammlung (BG. und allgem. verbindliche nicht dringliche BB.). Da sie die ordentliche Gesetzgebung betreffen, verkörpern sie damit die wichtigste, in normalen Zeiten maßgebende Delegationsart, während die Dringlichkeitsdelegationen befristet sind und die Notstandsdelegationen eben einen Notstand zur Voraussetzung haben.

Welchen Umfang darf eine ordentliche Delegation annehmen? Wir unterscheiden

Vollziehungsdelegationen
Rahmendelegationen und
Blankettdelegationen.

I. Die Delegation zu einer einfachen *Ausführungsverordnung,* die Vollziehungsdelegation, wird den Bundesrat grundsätzlich zu allen Maßnahmen ermächtigen, welche eine einwandfreie Durchführung des Gesetzes sicherstellen und bedürfen dazu, wie wir oben (S. 25 ff.) bereits feststellten, keiner ausdrücklichen Delegation. In einer auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Ausführungsverordnung kann der Bundesrat demnach alle zur Durchführung des auszuführenden Gesetzes erforderlichen Maßnahmen aufstellen, und zwar dürfen nicht nur die im Gesetz in allgemeiner Fassung gegebenen Rechtsnormen einzeln wiederholt und erläutert, sondern auch neue, *ergänzende* Rechtsnormen aufgestellt werden. Ist dies der Fall, so erhält die Vollziehungsverordnung den Charakter einer sog. *gesetzesergänzenden Rechtsverordnung.* Diese darf nichts bestimmen, was nicht innerhalb des Zweckes liegt, den der Gesetzgeber mit dem betreffenden Delegationsgesetz verfolgt. Andererseits muß sie, um ihre Aufgabe richtig zu erfüllen, alles bestimmen dürfen, was die Realisierung des gesetzgeberischen Willens fördert und sichert, also

dem Staatsbürger Pflichten auferlegen können, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, aber für dessen gesicherte Durchführung geboten sind.

Bedeutend weiter als diese Vollziehungsdelegationen gehen die Ermächtigungen zum Erlaß einer sog. *gesetzesvertretenden Rechtsverordnung*. Solche Ermächtigungen sind die Rahmen- und die Blankettdelegationen.

II. Die *Rahmendelegation* enthält die Grundsätze der Legiferierung in bestimmt bezeichneten Materien, während die eigentliche Regelung derselben der Verordnung überlassen wird. Als Beispiele solcher Rahmendelegationen seien die Finanzbeschlüsse betr. der Getränkesteuer und der Tabakbesteuerung erwähnt.

Die Rahmendelegation, welche in den letzten Jahrzehnten an Umfang und Bedeutung mehr und mehr zugenommen hat, verursacht eine Verschiebung zwischen der Gesetzgebungs- und der Verordnungsgewalt zu Gunsten der letzteren. Diese allmähliche Zurückdrängung des Gesetzes im formellen Sinn durch die Rahmenverordnung läßt sich in allen Ländern beobachten und beruht zur Hauptsache auf der zunehmenden Kompliziertheit der zu regelnden Verhältnisse, auf der immer intensiver werdenden staatlichen Tätigkeit und auf der damit zusammenhängenden Stärkung der vollziehenden Gewalt.[70]) Trotzdem ist die Rahmendelegation verfassungsrechtlich zulässig, da sie die Richtlinien der zu schaffenden Rechtsverordnung umschreibt und die Aktivbürgerschaft demnach von ihrer virtuellen Mitwirkung an der Rechtssetzung nicht ausgeschaltet wird.

III. Verfassungsrechtlich unzulässig ist hingegen die *Blankettdelegation*. In dieser stellt der Gesetzgeber keine allgemeinen Prinzipien auf, sondern ermächtigt die Exekutive generell zur Gesetzgebung auf einem mehr oder weniger begrenzten Gebiet.

---

[70]) Vgl. *Giacometti*, Verordnungsr. und Gesetzesdelegation. S. 3 ff. und 9; *Tingsdén*, L'Expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la guerre (1934); für *Italien* vgl. *Saltelli*, Potere esecutivo e norme giuridiche. S. 102, *Rocco*, Archivo giuridico, S. 177; für *Deutschland* vgl. *Lassar*, in Jahrbuch des öffentl. Rechts, Bd. 14, S. 30 ff; *Schmitt*, Vergleichender Ueberblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (1936); für die *Schweiz* vgl. *Giacometti*, Fortbildung des öffentl. Rechts in der Schweiz; Schindler, in der SJZ. 31, S. 305.

Eine reine Blankettdelegation kommt zwar praktisch selten vor, da gewisse Richtlinien in Titel und Text immer enthalten sind. Als Blankettdelegation betrachten wir aber auch eine sehr weitgespannte Rahmendelegation. Eine genaue Abgrenzung läßt sich hier nicht ziehen.

Die Unzulässigkeit der Blankettdelegation beruht auf der Tatsache, daß der Aktivbürgerschaft das in der Verfassung von 1874 verankerte Referendumsrecht entzogen wird. Im Nichtergreifen des Referendums gegen den Delegationserlaß liegt nämlich noch kein Verzicht des Volkes auf die verfassungsmäßige Beteiligung an der Rechtssetzung. Dazu würde nicht einmal eine Volksabstimmung genügen, sondern es wäre eine Verfassungsänderung nötig.

Wohl ist auch eine Blankettdelegation, die in einem referendumspflichtigen Erlaß der Bundesversammlung enthalten ist, prozeßual nicht anfechtbar, da gemäß Art. 113 letzter Absatz BV. die Verfassungsmäßigkeit ihres Inhaltes nicht überprüfbar ist; aber ihr Widerspruch mit der geltenden Verfassung ist dadurch nicht beseitigt und es ist darum für das Verfassungsleben und für die weitere Gesetzgebung wichtig, ihn zu konstatieren.

Die Rechtslage bleibt also bestehen, daß eine ordentliche Delegation kein Blankett enthalten darf, ohne sich mit der Bundesverfassung in Widerspruch zu setzen. Sie hat vielmehr die Gegenstände der delegierten Rechtsverordnung genau zu bezeichnen oder zumindest die Richtlinien der Legiferierung aufzustellen, damit sich die auf ihre Grundlage ergehende unselbständige Rechtsverordnung *intra legem* halten kann.

Darum sind beispielsweise nicht ohne weiteres als verfassungsmäßig zu erachten die weitgehenden Delegationen im BG. vom 8. Dezember 1905 über die Lebensmittelpolizei Art. 54 (AS. 22, 337) BG. vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung Art. 122 (AS. 28, 353)[71]), BG. vom 13. Juni 1917 betr. Bekämpfung der Tierseuchen Art. 1 und 20 (AS. 34, 125), BG. vom 13. Juni 1928 über Tuberkulose Art. 8 und 18 (AS. 44, 731), BG. vom 29. September 1934 über den passiven Luftschutz der Zivilbevölkerung Art. 3 (AS. 50, 666).

---

[71]) Das Verordnungsrecht wird hier der Bundesversammlung selber übertragen.

Der Unterschied der Blankettverordnung gegenüber der Verordnung gestützt auf Rahmengesetz ergibt sich daraus, daß die letztere sowohl *Ausführungs-* als auch *gesetzesvertretende* Verordnung ist,[72]) während die Blankettverordnung nur noch gesetzesvertretend ist, d. h. der Gesetzgeber legiferiert bei der Blankettverordnung überhaupt nicht mehr selbst, indem die Blankettdelegation nichts anderes enthält, als die Ermächtigung der Exekutive zur Aufstellung von primären Rechtsnormen in einer Materie, die bisher noch keine gesetzgeberische Regelung gefunden hat, während die Rahmendelegation einzelne Direktiven zuhanden der Exekutive enthält.

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Blankettverordnung eine Mittelstellung zwischen der unselbständigen und der selbständigen Rechtsverordnung einnimmt, indem sie sich, wie die erstere, auf eine Gesetzesdelegation stützt und dabei, wie die letztere, den Charakter völlig neuer Rechtssätze aufweist, die sich nicht als notwendige logische Folgerungen des Gesetzes erklären lassen, sondern vollständig auf schöpferischen Gedanken der Regierung beruhen.

Mit dem Gesagten hätten wir die eindeutige theoretische Rechtslage auf Grund unserer heutigen Bundesverfassung (de lege lata) gekennzeichnet. Eine andere Frage ist es, ob die Lösung gemäß der Bundesverfassung selber den praktischen Anforderungen der heutigen Zeit nachkommt, oder ob de lege ferenda nicht einer Lösung der Vorzug zu geben wäre, welche einigermaßen der heutigen Praxis der Bundesbehörden entsprechen würde. Ebenso ist zu untersuchen, wie weit eine Verfassungsänderung in diesem Sinn mit unseren demokratischen Einrichtungen noch vereinbar ist. Die Frage wird naturgemäß staatspolitische Erörterungen einbeziehen.

Es ist eine unbestrittene Tatsache, daß die Praxis der Bundesbehörden nicht mehr vollständig den Grundsätzen der Bundesverfassung entspricht oder besser umgekehrt, daß die Bundesverfassung nicht mehr den Anforderungen der heutigen Zeit gewachsen ist. Der Bundesrat war in der Bundesverfassung von 1848 und 1874 als exekutive Gewalt, d. h. als Diener des souveränen Volkswillens gedacht, während die Bundesversammlung als Gesetzgeber und als oberste Behörde überhaupt aufgestellt worden war. Heute

[72]) Vgl. auch BGE. 45, I, 66.

liegt die Initiative und der Entwurf zum Erlaß der Gesetze fast ausschließlich beim Bundesrat. Die Beratung und Vollendung der Gesetze wird ebenfalls zum größten Teil durch den Bundesrat und durch parlamentarische Kommissionen besorgt. Diese Änderung ist auf die Vermehrung und Komplizierung der Staatsaufgaben zurückzuführen, welche so zahlreich geworden sind, daß das Parlament viele Aufgaben dem Bundesrat weiterleiten muß, wenn er nicht permanent tagen will. Auch ist die Bedeutung der Gesetzgebung im Vergleich zur Regierung gesunken. Heute gibt es viel mehr konkret zu verfügen und zu entscheiden, als allgemein gesetzgeberisch zu ordnen. Man vergleiche die Vermehrung der Zahl der BRB. und die Verminderung der Zahl der BG. So wurden allein im Jahr 1940 durch den Bundesrat ungefähr 190 unselbständige Rechtsverordnungen erlassen, ohne die unübersehbare Zahl der Verfügungen der Departemente zu zählen, während in der gleichen Zeit nur zwei BG. und zehn BB. von der Bundesversammlung ausgingen. Auch im Jahre 1938, also vor dem neuen Weltkrieg, stehen mehr als 80 Rechtsverordnungen des Bundesrates 4 Bundesgesetzen gegenüber. Im Gegensatz dazu wurden beispielsweise im Jahr 1900 nur 8 auf gesetzlicher Delegation beruhende Verordnungen erlassen, gegenüber 40 BG. und BB. Dasselbe Verhältnis ist auch in den vorhergehenden Jahren festzustellen, wobei auch der Umfang der Delegationen ein sehr eingeschränkter war, im Sinn der oben besprochenen Vollzichungsdelegationen, während heute mehr und mehr Rahmen- und sogar Blankettdelegationen zur Notwendigkeit werden. Die Form des Blankettgesetzes ist häufig bei Strafbestimmungen notwendig, mit denen verwaltungsrechtliche Gesetze ausgestattet werden. Als Beispiele seien erwähnt: Das Epidemiegesetz von 1886 in Art. 9 als eine der ältesten Blankettdelegationen, das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz von 1911 in Art. 66, das Lebensmittelgesetz von 1905 in Art. 41 und 54. Staats- und völkerrechtliche Notwendigkeiten führen dazu, zunächst nur für einen ganz allgemein gehaltenen Tatbestand eine Strafandrohung aufzustellen, während die genaue Tatbestandsumgrenzung entweder durch die außerstrafrechtliche Gesetzgebung oder durch Verordnung oder für Einzelfälle durch besonderen behördlichen Akt, namentlich einer Verwaltungsbehörde, erfolgt. Als gesetzgeberisches Vorbild sei Art. 471, Ziff. 15 des franz. code pénal erwähnt:

„Seront puis: ceux qui auront contrevenu au règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne seront pas conformes aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale".[73])

Die ganze Entwicklung der Blankettgesetzgebung führt zu einer *Einschränkung* jenes Kampfrufes von 1798: *der Volkssouveränität.* Der heutige Sinn dieser Volkssouveränität bedeutet u. E. nicht mehr, wie in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts, daß alle Autorität der Behörden nur eine abgeleitete sei, ohne Eigenverantwortlichkeit. Die Souveränität liegt heute nicht beim Volk allein, sondern bei *Volk und Behörden.*

Durch Erlaß einer Blankettdelegation wird nun der Aktivbürgerschaft für die betreffende Materie ein Volksrecht, das Referendum, entzogen. Gibt es aber heute nicht Fragen, für deren Beurteilung das Volk selbst nicht genügend kompetent ist? Obwohl das Referendum sich seit seiner Aufstellung in der Bundesverfassung von 1874 zum größten Teil bewährt hat, sind die dem Referendum unterliegenden Gesetze seither immer verwickelter geworden. Zudem kann der Bürger in der Volksabstimmung gar nicht schöpferisch mitarbeiten, sondern nur eine bestimmte Frage annehmen oder verwerfen (Vetoinstanz). So scheint uns das Referendum auf dem Gebiet unserer auswärtigen Beziehungen, besonders in Kriegszeiten, grundsätzlich eine heikle, wenn nicht gefährliche Angelegenheit für die internationale Stellung unseres Landes zu bedeuten. Vor allem aber ist das Referendum, wie Bundesrichter Huber in seiner Broschüre „Demokratie und staatliche Autorität" (S. 25) richtig hervorhebt, auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik fragwürdig. „Man kann von keinem Bürger erwarten, daß er gegen seine eigenen materiellen Interessen stimmen werde, daß er sich den Brotkorb selber höher hänge und er tut es auch nicht. Darum ist jede wirtschaftspolitische Volksabstimmung ein Messen der materiellen Interessen aneinander und das Ergebnis ist nur die Photographie der Interessenlage im Volk. Eine solche Volksabstimmung ist sinnlos, denn es ist keineswegs gesagt, daß die unterlegene, überstimmte wirtschaftliche Minderheit nicht ebenso schutzwürdige Interessen besitze, wie die Mehrheit, die in der Abstimmung gesiegt hat".[74]) Zudem haben

[73]) Vgl. *Brunner,* Lehre vom Verwaltungszwang, S. 76 ff.
[74]) *Huber,* Demokratie und staatl. Autorität, S. 25.

die Krisenjahre seit 1930 gezeigt, daß namentlich in wirtschaftlichen Fragen rasche Entscheide nötig sind, wenn sie ihre Wirkung nicht verfehlen wollen.

Welche Bedeutung hat im übrigen das fakultative Referendum in der Praxis unseres Verfassungslebens erreicht?

Unsere Verfassung kennt diese Institution seit 1874. Von 1874 bis vor dem neuen Weltkrieg (bis 1938) wurden von den Räten im gesamten 427 Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse erlassen. Das Referendum wurde in nur 42 Fällen, somit bei einem Zehntel der Vorlagen ergriffen, während neun Zehntel ohne Volksabstimmung Gesetzeskraft erhielten. Von den 42 Vorlagen, gegen die das Referendum ergriffen wurde, sind zudem 29 abgelehnt worden.

Aus unseren Ausführungen geht hervor, daß sich u. E. das Referendum auf grundsätzliche Fragen beschränken und eine verfassungsmäßige Verankerung der Blankettdelegation für bestimmte Materien (z. B. Wirtschaftsgesetzgebung, Außenpolitik) rechtfertigen ließe, ohne damit von der demokratischen Basis unseres Staates abzuweichen.

Zusammenfassend führen uns die obigen Erörterungen de lege ferenda zu folgenden Feststellungen:

Die Blankettdelegation ist auf Grund unserer Bundesverfassung von 1874 verfassungswidrig. Sie wird aber in der Praxis von der Bundesversammlung angewendet und führt damit zu einer Einschränkung des fakultativen Referendums. Damit hat sich die Frage der Verfassungsrevision, oder positiver gesagt, der Weiterentwicklung der Verfassung bereits selber bejaht. Die zwischen unserem Verfassungsrecht und der sozial und wirtschaftlich veränderten Wirklichkeit bestehende Diskrepanz ist nicht wegzuleugnen und bedeutet eine Gefährdung der Rechtssicherheit. Die Herstellung der Übereinstimmung zwischen Verfassung und Verfassungspraxis, d. h. die Schaffung weitgehender aber klarer Kompetenzen für Bundesrat und Bundesversammlung gehören dabei zu den dringlichen Forderungen der kommenden Revision. Dabei soll als Grundsatz das Postulat von Bundesrichter Huber gelten: „Die demokratische Haltung bewahren, aber der Führung mehr Raum geben".[75]) Autorität gehört schließlich zum Wesen eines jeden Staates und eine Stärkung der staatlichen

[75]) *Huber,* Demokratie und staatl. Autorität, S. 27.

Autorität durch eine entsprechende Stärkung der Landesregierung ist heute Voraussetzung, wenn der Staat weiterhin das bewältigen soll, was er gegenwärtig bewältigen muß.

Von den ordentlichen Delegationen abweichend sind die

b) Provisorischen Delegationen.

Diese können erfolgen durch allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschluß. Sie sind referendumsfrei, beruhen also auf einer selbständigen Rechtsverordnung der Bundesversammlung. Da hier die Bundesversammlung souveräner Gesetzgeber ist, besteht für sie lediglich die *Schranke der Verfassung*. Über diese darf sie sich auch in dieser Rolle nicht hinwegsetzen, da sie eben nur Gesetzgeberin, nicht auch Verfassungsgeberin ist.

Somit darf die provisorische Delegation ein Blankett enthalten und den Delegaten damit zu neuen Rechtssätzen und zu Abänderungen bestehenden Gesetzesrechts ermächtigen.

Setzt sich die provisorische oder Dringlichkeitsdelegation mit der Bundesverfassung in Widerspruch, so ist sie gleichfalls gemäß Art. 113 letzter Absatz BV. wohl nicht anfechtbar, aber sie bleibt *verfassungswidrig*. Setzt sich der Delegat allein (ohne Ermächtigung) in seiner Rechtsverordnung mit Verfassungsrecht in Widerspruch, so ist seine Verordnung soweit unbeachtlich.

Die dem Bundesrat bis 1936 durch dringlichen Bundesbeschluß erteilten Ermächtigungen sind in der Ergänzungsbotschaft über die wirtschaftlichen Notmaßnahmen vom 7. April 1936 zusammengestellt.

c) Notstandsdelegationen

Wir sagen bewußt nicht Notrechtsdelegationen, weil wir wohl Notstands*maßnahmen*, aber kein Notstands*recht* anerkennen. Notstandsdelegationen kennen keine Verfassungsschranke, da sie eben Notmaßnahmen außerhalb des Rechtsbodens darstellen. Wo Vorschriften der Rechtsordnung zu Ende gehen, schaffen soziale Machtfaktoren neue Zustände, die aus der geltenden Rechtsordnung heraus nicht gerechtfertigt werden können. Das formale Recht tritt hier mit den Existenzbedingungen des Staates in Widerspruch. Deshalb lassen sich diese Notmaßnahmen rechtlich

gegebenenfalls billigen, aber nicht rechtslogisch rechtfertigen.[76]) Diese Delegationen ermächtigen den Delegaten auch zu Verfassungssuspensionen. Die darin liegende Gefahr wird durch eine besonders scharfe Kontrolle der bundesrätlichen Notmaßnahmen gemildert. So wird der Bundesrat zu einer schriftlichen periodischen Berichterstattung an die Kammern verpflichtet, durch welche seine Regierungsmaßnahmen nachträglich der parlamentarischen Kontrolle unterliegen. Ebenso finden regelmäßige Sitzungen der Vollmachtenkommissionen der beiden Räte statt, in denen die einzelnen Departementschefs aus eigener Initiative oder auf Befragen seitens der Kommissionsmitglieder über bereits beschlossene Erlasse und über noch zu treffende Maßnahmen des Bundesrates referieren. Damit übernimmt auch die Vollmachtenkommission einen Teil der Verantwortung des Bundesrates.

§ 7. Das Prüfungsrecht der Gerichte

Unter *Prüfung* im hier angewandten Sinn versteht man nicht nur die theoretische, wissenschaftliche Prüfung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Rechtsvorschrift, sondern auch die Zuständigkeit, rechtswidrige Rechtsvorschriften gegebenenfalls als unverbindlich zu erklären. Der Richter muß aus seiner Prüfung rechtserhebliche Folgerungen ziehen können; die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit wäre sinnlos. Dies ist die praktisch ausschlaggebende Seite des richterlichen Prüfungsrechts, denn in der Praxis hängt die Frage der Verbindlichkeit oder Gültigkeit eines jeden Rechtssatzes nicht von seiner Rechtmäßigkeit ab, sondern von der Ausgestaltung des richterlichen Prüfungsrechts.

Das richterliche Prüfungsrecht rechtssetzender Erlasse spielt in der rechtsstaatlichen Ordnung in staatspolitischer und juristischer Beziehung eine bedeutende Rolle.

Staatspolitisch ist besonders darauf Gewicht zu legen, daß die Frage der Rechtmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme unabhängig von politischen Gesichtspunkten und politischen Zufälligkeiten (von Parteikompromissen, Parteimehrheiten etc.) nach

[76]) *Burckhardt,* Komm., S. 670; *Fleiner,* Bundesstaatsr., S. 217; BGE. 41, I, S. 553.

objektiven rechtlichen Maßstäben entschieden wird. Für Entscheidungen dieser Art sind deshalb Regierung und Parlament als politische Behörden kaum geeignet.[77])

Vom *juristischen* Gesichtspunkt aus gesehen ist besonders zu beachten, daß ein richterliches Überprüfungsrecht nicht ein Problem behördlicher Rangordnung, sondern ein Mittel zur Sicherung der Verfassung darstellt.

In bezug auf die gesetzgebende Behörde ist die Zulassung einer gerichtlichen Überprüfung ihrer Erlasse auf deren Rechtmäßigkeit aus politischen Erwägungen und aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durchgedrungen.[78]) In der Tat widerspricht es der Stellung der gesetzgebenden Behörde als Vertreterin des Volkes. ihre Erlasse von einem Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen und gegebenenfalls aufheben zu lassen.

Das schweizerische Bundesstaatsrecht versagt durch Art. 113 Abs. 3 und 114 bis Abs. 3 BV. dem Bundesgericht und damit auch allen anderen Behörden die Überprüfung formeller Gesetze auf ihre materielle Verfassungsmäßigkeit, im Gegensatz z. B. zur Regelung in den Vereinigten Staaten von Amerika, in denen dem obersten Gerichtshof eine solche Überprüfung zusteht.[79]) „Die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge sind für das Bundesgericht maßgebend", sagt Art. 113 Abs. 3 der Bundesverfassung. Dieser Ausschluß der Überprüfbarkeit beseitigt nur das richterliche Prüfungsrecht der Bundesgesetze, während die Forderung nach Rechtmäßigkeit derselben bestehen bleibt. Demnach wäre die Bundesversammlung staatsrechtlich verpflichtet, auch bei ihren der richterlichen Überprüfung nicht unterstellten Erlasse den Grundsatz der Rechtmäßigkeit zu beachten. Um diesem Postulat Nachahmung zu verschaffen, stehen statt der Anrufung des Richters andere Mittel zur Verfügung, die eine Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes ermöglichen, wie z. B. das Initiativrecht durch Motion eines oder mehrerer Mitglieder der überstimmten Minderheit der Bundes-

[77]) *Blumer-Morel,* I, S. 211; *Reichel,* Komm. des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege, S. 138.

[78]) Vgl. über die Entstehungsgeschichte: *Burckhardt,* Komm., S. 772 f.

[79]) Ein Ueberprüfungsrecht der Gesetze durch die Gerichte findet sich zudem in Brasilien, Argentinien, Mexiko, Norwegen, Kanada und früher in der Tschechoslowakei und in Oesterreich.

versammlung auf Abänderung oder Aufhebung des unrechtmäßigen Erlasses (BG. über den Geschäftsverkehr Art. 4, Abs. 3) oder das Referendum (gemäß BV. Art. 89, Abs. 2) durch welchen das Volk gegen einen rechtswidrigen Erlaß ein Veto einlegen kann.

Durch argumentum e contrario läßt sich aus Art. 113 BV. schließen, daß das Bundesgericht die übrigen rechtssetzenden Erlasse der Bundesversammlung und vor allem auch die rechtssetzenden Erlasse des Bundesrates bei ihrer Anwendung auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen kann.[80] [81])

Die verschiedene Behandlung von Gesetz und Verordnung ergibt sich daraus, daß die Justiz der Verwaltung gleichgestellt ist, während die Gesetzgebung grundsätzlich der Verwaltung übergeordnet ist, sodaß die Anordnungen der ersteren vorgehen. Rechtsverordnungen machen zwar einen Teil der Rechtssetzung aus, sodaß man sich fragen kann, ob die rechtanwendende Behörde nicht, insoweit sie Recht setzt, dem Richter übergeordnet ist. In der staatlichen Organisation ist die Stellung der zu überprüfenden Behörde zur prüfenden entscheidend. Die communis opinio[82]) bejaht die Prüfung der Rechtsverordnungen mit der Begründung, daß die Verordnung gegenüber dem Gesetz nach allgemeiner Lehre doch eine Norm niedrigeren Ranges sei und demnach Recht nur intra legem zu begründen vermöge. Vor allem aber umfaßt das Verfahren für die Bildung von Gesetzen genügend Sicherungen für den Rechtsschutz (öffentliche Verhandlung, Referendum, evtl. Initiative), während bei der Entstehung der Rechtsverordnung diese Sicherungen fehlen.

Die Praxis hat sich der Theorie angeschlossen und das Prüfungsrecht gegenüber Rechtsverordnungen durchwegs anerkannt. Im schweizerischen Schrifttum sind, soweit wir sehen konnten, nirgends Bedenken gegen diesen Rechtszustand aufgetaucht.

---

[80]) *Burckhardt,* Komm., S. 989; *Giacometti,* Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 90 und 109; *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 416, BGE. 50, I, 336; 55, I, 252, u. a. m.

[81]) In jedem Fall von der Prüfung ausgenommen sind die Notverordnungen, da sie ausserhalb der Bundesverfassung stehen (BGE. 41, I, 553; 46, I, 380; 55, I, 252).

[82]) *Burckhardt,* Komm., S. 789; *Fleiner,* Staatsrecht, S. 416; Institutionen, S. 74; *Escher,* Verordnungsr., S. 157; *Salis,* II, S. 7, Note 1; *Salis,* Nr. 1247; BGE. 13, I, 98; 33, I, 414; 51, I, 450; 53, I, 433; 54, I, 163.

Soweit das richterliche Überprüfungsrecht zugelassen ist, wird durch dasselbe der Bürger in wirksamer Weise gegen verfassungswidrige Erlasse geschützt. Dieser Schutz kann ein unmittelbarer sein, z. B. in Form eines Verfassungsgerichtshofs, den jedermann, auch der nicht individuell Interessierte, anrufen kann (wie in U. S. A.)[83], oder ein mittelbarer, wenn eine Prüfung des Erlasses sich gelegentlich eines Parteiverfahrens ergibt.

Dieser mittelbare Schutz ist in der Regel nicht nur der höchsten gerichtlichen Instanz reserviert, sondern steht jedem urteilenden Richter und überdies auch jedem Verwaltungsbeamten zu, der den überprüfbaren Erlaß anzuwenden hat.[84] Das Militärkassationsgericht hat sogar die Pflicht zur Prüfung jeder Verordnung ohne besonderen Parteiantrag aufgestellt (Entscheide des Militärkassationsgerichts 1915—1925, No. 140, Entscheid vom 14. Januar 1924 i. S. Schmitt, Div.Ger. 5a).

Eine Prüfung kann sich also seitens eines *Zivilgerichtes* ergeben, wenn in einem Zivilurteil rechtliche Folgerungen aus einer Rechtsverordnung gezogen werden sollen (vgl. z. B. Entscheide des BGer. als Zivilgerichtsinstanz im BGE. 32 II 578 ff., 34 II 147). Auch in einem *Strafprozeß* (z. B. über fiskalische oder andere nebengesetzliche Delikte) kann die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Erlasses, welcher die betreffende Strafsanktion geschaffen hat, veranlaßt werden (vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts in BGE. 51 I 451). Ein weiteres Anwendungsgebiet der Überprüfung von Verordnungen wird durch die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* eröffnet; in allen Fällen, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist und der Beschwerdeführer die Gesetzwidrigkeit einer anzuwendenden Verordnung behauptet, hat das Bundesgericht zuerst diese Vorfrage zu entscheiden. Hingegen kann die Prüfung einer Rechtsverordnung des Bundesrates nicht durch staatsrechtlichen Rekurs ausgelöst werden, da dieser Anfechtung nach Art. 178, OG. nur kantonale Verfügungen und Erlasse unterliegen. (Hier dürfte eine Erweiterung der bundesgerichtlichen Kompetenzen Platz greifen, da es nicht einzusehen ist, warum eine solche Beschwerde nicht auch gegen eidgenössische Verfügungen statthaft sein sollte. Vgl. auch BV. Art. 113, Ziff. 3).

[83]) *Vogt,* Organisation der Bundesrechtspflege in USA., S. 566.
[84]) *Fleiner,* Bundesstaatsr., S. 416; *Burckhardt,* Komm., S. 788/789.

Zweck der Überprüfung ist die Feststellung der Rechtmäßigkeit des Erlasses.

Rechtmäßigkeit bedeutet Übereinstimmung mit dem übergeordneten Rechtssatz, auf welchem der Erlaß beruht. Nur dadurch erweist sich der rechtssetzende Erlaß als Rechtsfunktion, daß er sich auf einen Rechtssatz zurückführen oder — vom Standpunkt dieses Rechtssatzes aus gesehen — von diesem ableiten läßt.[85])

Die Übereinstimmung mit dem übergeordneten Rechtssatz umfaßt sowohl den Entstehungsweg des zur Prüfung gelangenden Erlasses als auch seinen Inhalt. In dieser Richtung unterscheidet man eine *formelle* und eine *materielle* Rechtmäßigkeit, wobei die formelle Voraussetzung der materiellen ist.[86])

a) Formelle Rechtmäßigkeit

Formell nennt man die Prüfung, welche feststellt, ob der Weg des Zustandekommens einer Verordnung so eingehalten wurde, wie ihn die übergeordnete Norm vorschreibt. Bei der unselbständigen Rechtsverordnung ist das Vorhandensein der Delegationsnorm, bei der selbständigen Verordnung dasjenige der Zuständigkeitsnorm Gültigkeitserfordernis formeller Natur. Damit verbindet sich natürlich das Formelle mit der materiellen Frage nach der Tragweite der Delegationsnorm. Unter Umständen tritt das Erfordernis einer Bedingung hinzu, deren Erfüllung die Voraussetzung bildet für den Erlaß einer Rechtsverordnung.

Die rechtliche Grundlage der formellen Prüfung ist gegeben in der Erwägung, daß der Richter sich grundsätzlich von der Existenz der anzuwendenden Norm zu überzeugen und daher auch alle Kriterien, von denen die Verbindlichkeit einer Norm für ihn oder für den Staatsbürger abhängt, nachzuprüfen hat.

Die Frage, ob eine Verordnung in der zu ihrer Gültigkeit erforderlichen *Form* erlassen worden ist, wird in der Praxis kaum Schwierigkeiten bereiten, da die Verordnung dem Referendum nicht unterliegt und die Bedingungen für ihr Inkrafttreten sehr einfach sind. Das Bundesgesetz über „. . . die Form des Erlasses und der Bekanntmachung von Gesetzen und Beschlüssen" vom 9. Oktober 1902 sagt in Art. 33, Abs. 1: „Alle Gesetze, wichti-

[85]) *Jellinek,* Gesetz und Verordnung, S. 406 f.
[86]) *Merkl,* Allgem. Verwaltungsr., S. 161.

gerer. Beschlüsse und Verordnungen, ferner nach stattgehabtem Austausch der Ratifikationen die Staatsverträge, werden in der amtlichen Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft veröffentlicht". Demnach genügt regelmäßig die *Publikation* der Rechtsverordnungen in der amtlichen Gesetzessammlung, um deren Rechtswirksamkeit auszulösen. Dabei ist zwischen Verkündung (Publikation) und Ausfertigung (Promulgation) zu unterscheiden.

Die *Verkündung* ist nichts anderes, als die Verbreitung der Originalurkunde in der Öffentlichkeit, während die *Ausfertigung* die Tatsache des regelmäßigen Zustandekommens einer Verordnung bekundet.[87])

Zu den Bestandteilen der *Ausfertigung* gehören z. B. die Unterschrift, durch welche offenkundig wird, daß die Anordnung einen Willensakt der verordnungsberechtigten Person oder Behörde ist, von der die Anordnung ausgehen kann, ferner die Art der Anordnung, die Bezeichnung als Verordnung, Bundesratsbeschluß, Vollziehungsverordnung etc.

Die gerichtliche Prüfung der Verkündung erstreckt sich lediglich auf die Feststellung, ob die der Ausfertigung folgende, zur Verbindlichkeit der Verordnung führende Formalität — die ordnungsgemäße Publikation — stattgefunden hat. Ist dies geschehen, so gilt die gesetzliche Präsumption, daß die Publikation mit der Ausfertigung übereinstimmt, da der Text der amtlichen Sammlung der Gesetze und Verordnungen Anspruch auf authentische Geltung hat. Indessen steht es u. E. trotz dieser Vermutung dem Richter frei, auch die Übereinstimmung der Publikation mit der Ausfertigung zu überprüfen.

In bezug auf die Ausfertigung setzt das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung in Art. 12 für Verordnungen lediglich die Unterschrift des Bundespräsidenten oder seines Stellvertreters im Namen des Bundesrates und die Unterschrift des Bundeskanzlers oder seines Stellvertreters voraus.

b) Materielle Rechtmäßigkeit

Während die rein formelle Überprüfung vom Inhalt des Erlasses absieht und nur den „Weg des Gesetzes" in Betracht zieht,

[87]) Bundesgesetz vom 9. Oktober 1902 über den Geschäftsverkehr der eidg. Räte, Art. 32.

richtet sich die materielle Überprüfung auf die Rechtmäßigkeit des Inhaltes. Dazu gehört auch die Frage nach der Kompetenz des betreffenden rechtssetzenden Organs, weil diese mit der Rechtmäßigkeit des Inhalts des Erlasses in der Regel unzertrennlich verbunden ist.

Das schweizerische Bundesverordnungsrecht wirft, wie wir gesehen haben, mannigfache Zuständigkeitsfragen auf. Nicht nur ist Träger des Rechtsverordnungsrechts neben der Bundesversammlung auch der Bundesrat, sondern letzterer ist überdies in zwei verschiedenen Stellungen dabei tätig, als Inhaber der selbständigen Verordnungsgewalt oder als delegiertes Organ. Davon abgesehen können auch weitere Amtsstellen (Departemente, Abteilungen) durch Subdelegation zu Rechtsverordnungsträgern werden.

Die materielle (inhaltliche) Rechtmäßigkeit erstreckt sich auf die Verfassungs- und die Gesetzmäßigkeit. *Verfassungsmäßigkeit* als Übereinstimmung mit dem Staatsgrundgesetz und *Gesetzmäßigkeit* als Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen sind Unterbegriffe der Rechtmäßigkeit. Demnach versteht man unter Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung sowohl deren Verfassungs- als auch Gesetzmäßigkeit.

In materieller Richtung bedeutet die Prüfung der Rechtmäßigkeit für Rechtsverordnungen, daß ihr Inhalt weder einer Verfassungsbestimmung widersprechen noch mit Gesetzesbestimmungen in Widerspruch stehen dürfen. Die Prüfung hat also festzustellen, ob der Inhalt nicht contra constitutionem bzw. contra legem verläuft. Inwieweit sie praeter legem verlaufen darf, ist eine Frage für sich, die gleichfalls Gegenstand der Überprüfung bildet.

Bei der unselbständigen Rechtsverordnung des Bundesrates muß vorerst festgestellt werden, ob eine rechtsgültige Delegation seitens der Bundesversammlung erfolgt ist. Dabei ist jede Delegation gültig, sofern sie in einem Akt der Gesetzgebung enthalten ist. Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes ist ja nicht gegeben; die Bundesgesetze sind, wie erwähnt, ohne Rücksicht auf ihre Verfassungswidrigkeit für das Bundesgericht maßgebend. Daraus ergibt sich, daß auch jede gegen die Verfassung materiell verstoßende Rechtsverordnung als gültig anzusehen ist, soweit sie mit der Delegationsnorm übereinstimmt.

Ist die Zulässigkeit des Verordnungsweges durch gesetzliche Delegation festgestellt, so muß weiter geprüft werden, ob der als zulässig erkannte Verordnungsweg auch richtig innegehalten worden ist, d. h. ob sich die Verordnung „im Rahmen der Delegation bewegt".

Der Inhalt der unselbständigen Rechtsverordnung muß mit der Delegationsnorm übereinstimmen. Dabei ist besonders bei verfassungswidrigen Rechtsverordnungen zu beachten, ob das Delegationsgesetz dem Bundesrat tatsächlich eine so weitgehende Ermächtigung einräumen will. Es folgt aus dem Wesen der Delegation, durch die der Gesetzgeber die ihm zustehende Befugnis zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit einem dritten Organ überträgt, daß die auf Grund einer Delegation ergehende Rechtsverordnung dieselbe Kraft haben kann, wie das delegierende Gesetz; d. h. die Verordnung kann contra legem ergehen und nach dem Satz „lex posterior derogat legi priori" die bestehenden Gesetze aufheben oder abändern. Dabei bleibt aber die Voraussetzung bestehen, daß das Delegationsgesetz diese derogative Kraft auf das dritte Organ überträgt. Diese derogative Kraft kann auch durch *stillschweigende Delegation* übertragen werden. was z. B. für eine auf Grund eines Gesetzes zu erlassende Rechtsverordnung zutrifft, die ohne Verletzung übergeordneter Normen überhaupt nicht ergehen könnte.[88])

Die Untersuchung der Frage, ob die Bundesversammlung den Bundesrat zur Aufstellung einer rechtswidrigen Rechtsverordnung überhaupt habe ermächtigen können, wird von der Praxis des Bundesgerichts mit Recht abgelehnt.[89]) Dasselbe gilt für die Prüfung der Notwendigkeit und der Zweckmäßigkeit einer Rechtsverordnung.[90]) Das entspricht nicht nur allgemeinen verwaltungsrechtlichen Anschauungen über die richterliche Nachprüfung von Verordnungen,[91]) sondern auch „der Erwägung, daß die Untersuchung der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Verordnungsbestimmung in der Regel Fachkenntnisse voraussetzt, wie

[88]) Wurde eine Verordnung auf Grund einer „stillschweigenden Ermächtigung" erlassen, dann hat das Bundesgericht zu prüfen, ob nach den Grundsätzen des stillschweigend ermächtigenden Bundesgesetzes der Bundesgesetzgeber den Bundesrat zum Erlass der streitigen Verordnung ermächtigen wollte.

[89]) Vgl. BGE. 56, I, 417.

[90]) Vgl. BGE. 39, I, 410.

[91]) Vgl. *Rosin,* Das Polizeiordnungsr., S. 280.

sie dem Kassationshofe nicht zur Verfügung stehen".[92]) Die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Verordnung sind tatsächlich auch keine Rechtsfragen, sondern Fragen der Gesetzgebungspolitik.

Sowohl bei Derogation von Verfassung wie von Gesetz ist es in erster Linie Aufgabe der Bundesversammlung selbst, in maßgebender Weise festzustellen, wie weit ihre Ermächtigung geht; denn die Bundesversammlung hat darüber zu wachen, daß der Bundesrat mit seinen Anordnungen im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung geblieben ist. So erklärt die Bundesversammlung ausdrücklich, daß eine Ermächtigung eine bestimmte, vom Bundesrat getroffene Maßnahme umfasse, wenn sie auf Grund des jährlichen Berichtes des Bundesrates entscheidet, daß die Maßnahme weiter in Kraft bleiben soll; sie legt damit das Delegationsgesetz authentisch aus.[93]) Andererseits liegt in der Aufhebung einer Maßnahme des Bundesrates durch die Bundesversammlung nicht notwendig die Feststellung, daß die betreffende Maßnahme die Schranken der erteilten Ermächtigung überschritten habe.[94])

In den letzten 30 Jahren wurden, soviel wir aus den veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichts entnehmen konnten, insbesondere folgende unselbständige Rechtsverordnungen des Bundesrates einer Prüfung durch das Bundesgericht unterzogen:

BRB. vom 12. Februar 1889 betr. Ergänzung der Vollziehungsverordnung zum BG. über die Auswanderungsagenturen (AS. 11, 23) Art. 41 im BGE.: 33 I 414 (1907);

VO. vom 6. Mai 1890 über Handelsregister und Handelsamtsblatt (AS. 11, 492) Art. 13 im
BGE.: 57 I 45 (1931);

Revidierte VO. II betr. Ergänzung der Verordnung vom 6. Mai 1890 über das Handelsregister und Handelsamtsblatt (AS. 34, 1227) Art. 5 und 17 im
BGE.: 55 I 252 (1929);

---

92) Vgl. BGE. 39, I, 410.
93) BGE. 91, I, 365.
94) *Burckhardt,* Komm., S. 789, Anm. 3; *Giacometti,* Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 90 ff; *BGE.* 56, I, 416; 61, I, 365.

VO. vom 29. Januar 1909 betr. das Schlachten, die Fleischschau und den Verkehr mit Fleisch und Fleischwaren (AS. 25, 203) Art. 24 im
BGE.: 39 I 410 (1913);

VO. idem, Art. 63 im BGE.: 61 I 443 (1935);

VO. vom 8. Mai 1914 betr. den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (AS. 30, 180) im
BGE.: 52 I 342 (1926);

BRB. vom 11. April 1916 betr. die Bestandesaufnahme und die Beschlagnahme von Waren (AS. 32, 145) Art. 5 im
BGE.: 46 II 273 (1920);

VO. III vom 8. Dezember 1917 betr. Abänderung der VO. über Handelsregister und Handelsamtsblatt (AS. 33, 1022) Art. 1 im
BGE.: 56 I 216 (1930);

Gebührentarif vom 23. Dezember 1919 zum BG. über das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (AS. 36, 1) Art. 65 und 67 im
BGE.: 54 I 163 (1928);

VO. vom 2. Dezember 1921 betr. die Veranlagung und den Bezug des Militärpflichtersatzes von Auslandschweizern (AS. 37, 837) Art. 56 ff. im
BGE.: 53 I 433 (1927); (die Delegation ist hier stillschweigend);

Vollziehungsverordnung vom 15. November 1921 zum BG. vom 25. Juni 1921 betr. die Stempelabgabe auf Coupons (AS. 37, 811) im
BGE.: 52 I 61 (1926);

BRB. vom 28. Juli 1922 betr. die Anwendung der Alkoholgesetzgebung auf das Brennen von Obstweinen (AS. 38, 480) (die Delegation ist hier stillschweigend), im
BGE.: 51 I 451 (1923);

BRB. vom 23. April 1923 über die Pockenschutzimpfung (AS. 39, 109)
im BGE.: 50 I 337 (1924);

BRB. vom 7. September 1923 betr. Abänderung der VO. über den Vollzug des Fabrikgesetzes (AS. 39, 279) im
BGE.: 56 I 221 (1930);

VO. vom 11. November 1925 betr. das bei Gefährdungen oder Unfällen in Bahn- und Schiffbetrieben zu beobachtende Verfahren (AS. 41, 719) Art. 2 im
BGE.: 54 I 59 (1928);

VO. vom 7. Dezember 1925 über das militärische Kontrollwesen (AS. 41, 755) Art. 74 im
BGE.: 53 I 433 (1927);

VO. vom 5. Februar 1935 über die Kreditkasse mit Wartezeit Art. 10 im
BGE.: 62 I 79 (1936);

BRB. vom 14. Dezember 1936 betr. die Verbilligung des Mehl- und Brotpreises (AS. 52, 1004) Art. 1 im
BGE.: 64 I 222 (1938).

II. Teil

Die selbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates

§ 8. Die Erlasse des Bundesrates

Das hier in Frage stehende Rechtsverordnungsrecht ist in dem Sinn „selbständig", als es unmittelbar auf der Verfassung beruht und demnach keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Der Bundesrat hat von jeher in gewissen Materien ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht für sich in Anspruch genommen. Dabei stützt er sein selbständiges Rechtsverordnungsrecht hauptsächlich auf Ziff. 8—10 des Art. 102 BV., die ihm die Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft nach außen, namentlich auch ihre völkerrechtlichen Beziehungen, ferner die Über-

wachung der äußeren Sicherheit, die Behauptung der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz und die Sorge für die innere Sicherheit als wichtigste Aufgaben übertragen.

Schon auf Grund der Bundesverfassung von 1848 und ihres Art. 90, Ziff. 9, der dem Art. 102, Ziff. 9 der geltenden Verfassung entspricht, hat der Bundesrat in den Jahren 1866 und 1870 zwei im Wortlaut übereinstimmende typisch selbständige Rechtsverordnungen erlassen betr. die Handhabung der Neutralität der Schweiz.[95])

Während des Weltkrieges von 1914—1918 ergingen als Rechtsverordnungen des Bundesrates auf Grund von Art. 102, Ziff. 8—10 BV. insbesondere die Verordnung vom 4. August 1914 betr. Handhabung der Neutralität der Schweiz (AS. 30, 353), die Verordnung vom 6. August 1914 betr. Strafbestimmungen für den Kriegszustand (AS. 30, 370), die Verordnung vom 2. Juli 1915 betr. die Beschimpfung fremder Völker, Staatsoberhäupter und Regierungen (AS. 31, 249), die Verordnung vom 21. Juli 1915 betr. die Pressefreiheit während der Kriegswirren (AS. 31, 273), die Verordnung vom 12 Juni 1918 betr. Maßnahmen der Kantonsregierungen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung (AS. 34, 761) und die Verordnung vom 11. November 1918 betr. Maßnahmen gegen die Gefährdung und Störung der inneren Sicherheit der Eidgenossenschaft (AS. 34, 1161).

Diese Rechtsverordnungen der Kriegszeit stützen sich aber neben Art. 102, Ziff. 9 und 10 auch noch auf Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 betr. Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität (Vollmachtenerlaß)[96]) so daß ihr Charakter als selbständige Rechtsverordnung fraglich bleibt.[97])

In der Folge ergingen bis heute folgende Rechtsverordnungen selbständigen Charakters:

BRB. vom 20. August 1920 über das Verbot der Tragung fremder Uniformen in der Schweiz (AS. 36, 516), (aufgehoben durch BRB. vom 1. Februar 1932);

[95]) Verordnung vom 16. Brachmonat 1866 (AS. 8, S. 842). Verordnung vom 16. Heumonat 1870 (AS. 10, S. 205).

[96]) AS. 30, S. 347.

[97]) Im BGE. 41, I, 553 behandelt das Bundesgericht die Rechtsverordnung vom 2. Juni 1915 betr. Beschimpfung fremder Völker, Staatsoberhäupter und Regierungen, welche sich sowohl auf Art. 102, Ziff. 9, BV. als auch auf den Vollmachtenerlass stützt, als eine unselbständige Verordnung.

BRB. vom 1. März 1929 über das Verbot der kommunistisch-antifaschistischen Kundgebung („Rotes Treffen") und allfällige Gegenkundgebungen im Tessin (BBl. 1929 I 277);

BRB. vom 16. März 1929 betr. das Verbot einer international-antifaschistischen Kundgebung und an allfällige Gegenkundgebungen am Palmsonntag (24. März 1929) (BBl. 1929 I S. 387);

BRB. vom 1. August 1929 über Maßnahmen gegen kommunistische Kundgebungen (BBl. 1929 II, S. 61);

BRB. vom 1. Febuarr 1932 über das Verbot der Tragung fremder Uniformen in der Schweiz (AS. 48, 58) (ergänzt durch BRB. vom 12. Mai 1933);

BRB. vom 12. Mai 1933 über das Verbot von Tragung von Parteiuniformen (AS. 49, 315);

BRB. vom 24. März 1934 betr. Ausschreitungen gegenüber dem Ausland durch die Presse (BBl. 1934 I, S. 860);

BRB. vom 28. Oktober 1935 betr. die Ausfuhr, die Wiedereinfuhr und die Durchfuhr von Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Abessinien und Italien (AS. 51, 693);

BRB. vom 12. November 1935 über die Ausführung des Art. 16 des Völkerbundvertrages gegenüber Italien zu ergreifenden finanziellen und wirtschaftlichen Maßnahmen (AS. 51, 717 und 720);

BRB. vom 14. August 1936 betr. die Ausfuhr, Wiedereinfuhr und Durchfuhr von Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Spanien (AS. 52, 637);

BRB. vom 27. Mai 1938 betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliches Propagandamaterial (AS. 54, 249);

VO. vom 8. Juli 1938 über Herstellung, Beschaffung und Vertrieb, Einfuhr und Ausfuhr von Kriegsmaterial (AS. 54, 318) mit der Ergänzungsverordnung vom 3. November 1939 AS. 55, 1313), vom 13. Februar 1940 (AS. 56, 164), vom 5. Juli 1940 (AS. 56, 1165) und vom 27. September 1940 (AS. 56, 1554);

BRB. vom 14. August 1936 betr. das Verbot der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien (AS. 52, 637);

BRB. vom 5. Dezember 1938 betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der Demokratie (AS. 54, 856);

BRB. vom 20. Januar 1939 betr. Maßnahmen gegen den wirtschaftlichen Boykott fremder Staaten (AS. 55, 173);

BRB. vom 24. Februar 1939 betr. Verbot des Luftverkehrs in der Schweiz im Mobilmachungsfalle (AS. 55, 740);

VO. vom 14. April 1939 über die Handhabung der Neutralität (AS. 55, 810);

BRB. vom 29. August 1939 betr. den Aktivdienstzustand (AS. 55, 748);

BRB. vom 1. September 1939 betr. die Kriegsmobilmachung der Armee (AS. 55, 771);

BRB. vom 8. September 1939 über die Ordnung des Pressewesens (AS. 55, 911);

BRB. vom 6. August 1940 über Maßnahmen gegen kommunistische und anarchistische Tätigkeit (AS. 56, 1336);

BRB. vom 8. November 1940 über die Auflösung der Freunde einer autoritären Demokratie und des Volksbundes (AS. 56, 1784);

BRB. vom 13. Dezember 1940 betr. die teilweise Schließung der Grenze (AS. 56, 2001);

BRB. vom 19. November 1940 über die Auflösung der nationalen Bewegung der Schweiz (AS. 56, 1814);

BRB. vom 26. November 1940 betr. Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz (AS. 56, 1861); und dessen Vollzugsverordnung vom 17. Dezember 1940; (AS. 56, 2005).

Nicht zu diesen Verordnungen selbständigen Charakters gehören die Erlasse, in denen der Bundesrat für Maßnahmen wirtschafts- oder finanzpolitischen Charakters ein selbständiges *Notverordnungsrecht* unter Genehmigungsvorbehalt der Bundesversammlung beansprucht. Als Beispiele solcher Fälle seien erwähnt:

BRB. vom 29. August 1933 über die fiskalische Belastung der alten Alkoholvorräte, der in der Botschaft des Bundesrates (BBl. 1933 II 118) als Vollziehungsmaßnahme notrechtlichen Charakters zum Alkoholgesetz von 1932 erklärt wird (AS. 49, 727);

BRB. vom 6. Januar 1933 über die Erhöhung der Zölle auf Kaffee und Tee (AS. 49, 17), der als vorsorgliche Maßnahme notrechtlichen Charakters ergangen ist.[98])

Der Bundesrat traf diese Maßnahme nicht auf Grund eines angerufenen verfassungsmäßigen Rechts, sondern bewußt ohne verfassungsrechtliche Kompetenz unter eigener Verantwortung als Notmaßnahme und darum auch mit Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die Bundesversammlung.

Ebenso sind von den selbständigen Rechtsverordnungen diejenigen Erlasse zu unterscheiden, die der Bundesrat hie und da unter Berufung auf die Zustimmung sämtlicher Kantonsregierungen über solche polizeiliche Maßnahmen erläßt, welche in die Zuständigkeit der Kantone gehören.

Als Beispiel sei erwähnt:
BRB. vom 17. Dezember 1931 über die Kontrolle der Serum- und Impfstoffe (AS. 48, 121: „Der Bundesrat, mit Zustimmung sämtlicher Kantonsregierungen, beschließt: . . .").

In diesem Fall scheint sich der Bundesrat auf eine Art Delegation durch die Kantone zu stützen, indem er durch die Kantonsregierungen ermächtigt wird, eine in die Kompetenz der Kantone fallende Maßnahme zu regeln. Ob sich dieser Fall juristisch auch anders konstruieren läßt, ist hier nicht von Bedeutung, da ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht bei Vorliegen aller kantonalen Ermächtigungen jedenfalls nicht vorhanden ist.

---

[98]) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung im BBl. 1933, I, S. 41, und Genehmigungsbeschluss in der AS. 49, S. 823.

§ 9.
Die Verfassungsmäßigkeit selbständiger Rechtsverordnungen

Die selbständigen Rechtsverordnungen, welche sich auf Art. 102, Ziff. 8—10 stützen, stellen *Polizeiverordnungen* dar. Als *„Polizei"* bezeichnet man *„diejenige obrigkeitliche Verwaltungstätigkeit, die mit Zwangsgewalt* auf prinzipiell allen Gebieten der inneren Verwaltung, *Störungen und Gefährdungen der Sicherheit, der Ruhe und der Ordnung* fernzuhalten hat".[99] Die Polizei erstreckt sich über das ganze Gebiet der inneren Verwaltung und hat bei jedem Verwaltungsbereich ihren eigenen Sachbereich.

Durch Art. 102, Ziff. 9 und 10 werden dem Bundesrat *sicherheitspolizeiliche Befugnisse* ausdrücklich übertragen. Die Sorge „für die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft, für Handhabe der Ruhe und Ordnung" (BV. Art. 102, Ziff. 10) ist zwar in erster Linie Sache der Kantone; der Bundesrat hat aber einzuschreiten, wenn es sich nicht bloß um eine innerkantonale Gefährdung der Sicherheit handelt, sondern um eine Gefährdung der gesamten Eidgenossenschaft oder wenn eine Gefährdung so schwerwiegend ist, daß sie das Interesse des Gesamtstaates berührt.[100])

Es bleibt zu untersuchen, ob der Bundesrat in Ausübung dieser Polizeigewalt auch eine selbständige Rechtsverordnungsgewalt geltend machen kann.

Die Form, in welcher die Bundesverfassung ihre Kompetenzzuweisungen ausspricht, sagt meistens nichts darüber aus, *in welchem Umfang* die Bundesbehörden in einer bestimmten Materie zu polizeilichem Eingreifen für zuständig erklärt werden sollen. Ob dem Bundesrat ein selbständiges Polizeiverordnungsrecht zustehe, ist gleichfalls erst aus der *Interpretation* der Bundesverfassung, insbesondere der Art. 102, Ziff. 8—10 zu entnehmen.

Vorerst läßt sich aus dem *Wortlaut* der genannten Bestimmungen folgendes herauslesen: Art. 102 BV. weist dem Bundesrat „innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung vorzüglich (folgende) Befugnisse und Obliegenheiten zu" die in den Ziffern 1—16 des genannten Artikels — zwar nicht erschöpfend — aufgezählt sind.

[99]) *Tanner Leo,* Das Polizeirecht im Kanton Luzern. Für die negative Umschreibung vgl. *Fleiner,* Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 23.

[100]) BV. Art. 16; *Fleiner,* Bundesstaatsrecht, S. 70. *Burckhardt,* Komm., S. 666.

Wie Burckhardt in seinem Kommentar[101]) feststellt, leidet der Text an einer ähnlichen Unklarheit wie derjenige des Art. 85 in seiner Aufzählung der Befugisse der Bundesversammlung, in dem zweifelhaft bleibt, ob die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen dem Bundesrat und anderen Behörden in der *Form* der Behandlung des Gegenstandes liegen soll, nämlich in der *gesetzgeberischen oder nichtgesetzgeberischen* Form oder aber in den *Gegenständen* selbst.

Die gesetzgeberische Form der Behandlung *allein* kann aber schon darum nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Artikeln 85 und 102 bilden, weil Art. 85 eine Reihe von Gegenständen mitenthält, die nicht gesetzgeberischer Art sind, wie Wahlen (Ziff. 4), Verfügung über das Bundesheer (Ziff. 9), Oberaufsicht über die Verwaltung und Rechtspflege (Ziff. 11) u. a. m. Was insbesondere die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, sowie die innere Sicherheit, Ruhe und Ordnung betrifft, fallen diese in die Kompetenz sowohl der Bundesversammlung (Art. 85, Ziff. 6 und 7 BV.) als auch des Bundesrates (Art. 102, Ziff. 9 und 10 BV.). In Art. 85 wird von „Maßregeln" für die Sicherheit, die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität, der Ruhe und Ordnung gesprochen, in Art. 102 hingegen heißt es vom Bundesrat, daß er darüber „wacht" (Ziff. 9) bzw. dafür „sorgt" (Ziff. 10). Nun kann auch das Wachen und Sorgen, das dem Bundesrat obliegt, nur den Sinn haben, daß er die entsprechenden Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der genannten Güter zu treffen hat.

Giacometti[102]) ist der Ansicht, die Bundesverfassung wolle mit diesen Bezeichnungen zwischen dem generellen und abstrakten Charakter einerseits und dem individuellen und konkreten Charakter andererseits unterscheiden, indem der Bundesrat auf Verwaltungs- und Regierungstätigkeit beschränkt sei, während der Bundesversammlung in diesen Materien auch noch ein Rechtsverordnungsrecht zustehen solle.

Diese Unterscheidung Giacometti's läßt sich nicht aus dem Wortlaut der genannten Artikel herauslesen, sondern wurde aus der ganzen Stellung des Bundesrates als Exekutive und der Bundesversammlung als Legislative abgeleitet.

---

[101]) *Burckhardt,* Komm., S. 732.

[102]) *Giacometti,* Rechtsverordnungsr. (SJZ. 31, S. 259).

Damit gelangen wir zur Interpretation der beiden Artikel aus dem *Sinn und Geist der Bundesverfassung.* In dieser Richtung steht fest, daß die Bundesverfassung den Niederschlag liberal-demokratischer Ideen enthält, nach welchen die Eidgenossenschaft zu einem Gesetzgebungsstaat gemacht werden sollte, indem die Exekutive der Legislative als Volksvertretung untergeordnet wird. Damit wäre eine primäre Verordnungsgewalt des Bundesrates überhaupt ausgeschlossen. Allein man darf in der Bundesverfassung nicht ausschließlich die Kodifikation einer im bewegten Frühliberalismus entstandenen einheitlichen politischen Ideologie sehen. Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 stellen vielmehr *Kompromisse* dar, in denen die politischen Grundgedanken nichts weniger als einheitlich und eindeutig zum Ausdruck gelangt sind.[103]) Des weitern ist die Bundesverfassung, wie in der Einleitung bemerkt wurde, einem ständigen Fortbildungsprozeß unterworfen,[104]) wodurch auch ihre Auslegung eine stete Wandlung erfährt. Wo demnach der Text keine eindeutige Antwort gibt und die Interpretation an seine Stelle treten muß, ist diesen Faktoren Rechnung zu tragen.

Es ist nun unbestreitbar, daß der heutige Staat nicht mehr ausschließlich Gesetzgebungsstaat ist, sondern unter dem Druck praktischer Bedürfnisse sich dem Regierungs- oder Verwaltungsstaat angenähert hat.[105])

Doch sind es nicht allein Überlegungen dieser Art, die uns dazu führen, ein *selbständiges sicherheitspolizeiliches Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates* aus der Bundesverfassung herzuleiten. Es sind vielmehr und in erster Linie logische Erwägungen, die zu diesem Resultat führen müssen.

Da dem Bundesrat durch die Verfassung ausdrücklich sicherheitspolizeiliche Aufgaben genannter Art zugewiesen werden, müssen ihm auch die *Mittel* zugebilligt werden, die zur Erfüllung dieser Aufgabe notwendig sind; aus demselben Grund müssen ihm zudem die *Rechtsakte* zur Verfügung stehen, die der Polizei begriffsnotwendig dienen. Solche Akte sind nach allgemeinem Verwaltungsrecht die *Polizeibefehle* und die *Polizeierlaubnisse.* Die Polizeibefehle ergehen aber entweder in konkreten Anordnungen

---

[103]) *Hilty,* Bundesverfassung, S. 409; *Schindler,* Verfassungsr., S. 42 u. 52.
[104]) *Giacometti,* Auslegung, S. 3.
[105]) *Schindler,* Polizeiverordnungsr., SJZ. 31, S. 305.

als *Verfügungen* für bestimmt umschriebene Einzelfälle oder in abstrakten Anordnungen als *Verordnungen* für eine unbestimmte Mehrzahl von Fällen.[106])

Nach Giacometti soll nun der Bundesrat gemäß Art. 102, Ziff. 9 und 10 wohl Verfügungen, nicht aber Verordnungen erlassen dürfen.

Das einzige Mittel zur Durchsetzung der Anordnungen einer Behörde, die nicht selbst über ein Polizeicorps verfügt, wird gerade in der Mehrzahl der Fälle die *Aufstellung allgemein verbindlicher Vorschriften* auf dem Weg der Verordnung sein. Die Bundesversammlung kann zwar auch solche polizeiliche Vorschriften erlassen, doch eignen sich die ihr zur Verfügung stehenden verfassungsmäßigen Formen nicht zu diesem Zweck. Der einfache Bundesbeschluß ist nicht allgemein verbindlich und äußert deshalb nicht die gewollte Wirkung. Bundesgesetz und allgemein verbindlicher Bundesbeschluß sind referendumspflichtig und somit für Polizeiverordnungen infolge der Unmöglichkeit raschen Erlasses und leichter Abänderung dem Zweck entsprechend nicht verwendbar. Der dem dringlichen Bundesbeschluß anhaftende provisorische, vorübergehende und zudem mehr politische Charakter macht auch diesen — abgesehen von wenigen Ausnahmefällen — ungeeignet für den Erlaß allgemein verbindlicher Polizeivorschriften.

Die gesetzgeberischen Formen, die der Bundesversammlung zur Verfügung stehen, reichen daher gerade für das Polizeiverordnungsrecht nicht aus. Wenn somit der Bundesrat als oberste Polizeigewalt des Gesamtstaates eine *verfassungsmäßige Befugnis* zu Maßnahmen sicherheitspolizeilicher Natur besitzt, d. h. in dieser Richtung a priori der Legislative nicht untergeordnet ist, wäre es wohl nicht zu verstehen, wenn er in Ausübung dieser staatserhaltenden Funktion nur individuelle und nicht auch generelle, allgemeinverbindliche Anordnungen sollte treffen dürfen. Dies umsoweniger, als der Gegensatz von generell und individuell meist nur relativ ist und eine Anordnung, deren *Inhalt* unzulässig wäre, „nicht weniger rechtswidrig erscheint, weil sie bloß individuell ist".[107])

---

[106]) *Ruck,* Verwaltungsr. I, S. 42.

[107]) *Burckhardt,* Organisation, S. 263 ff.

Eine *Doppelspurigkeit* zwischen den bundesrätlichen Erlassen und der rechtsverordnenden Tätigkeit der Bundesversammlung auf dem gleichen Gebiete (Art. 85, Ziff. 6 und 7) ist nicht zu befürchten, weil die Voraussetzungen der einen und der anderen polizeirechtlichen Rechtssetzung voneinander verschieden sind, wie im nächsten Abschnitt darzulegen sein wird.

Die verfassungsmäßige Rechtsverordnungsbefugnis des Bundesrates als oberstes Organ der Polizeigewalt im Bunde wird auch von den beiden bedeutendsten neueren Staatsrechtslehrern der Schweiz, Fleiner und Burckhardt, anerkannt, wobei sie allerdings in ihrer Begründung zum Teil von der hier vertretenen Auffassung abweichen.

So wird nach Fleiner[108]) die Frage, ob die Verwaltungsbehörden „ermächtigt sind, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage dem Bürger Beschränkungen aufzuerlegen, wenn Rücksichten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit dies rechtfertigen", von der Praxis in der Schweiz bejaht. Das Bundesgericht setzt diesen Grundsatz als selbstverständlich voraus. „In der Schweiz hat die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit von jeher kraft Gewohnheitsrechts als oberste Aufgabe der leitenden Regierungsbehörden der Kantone und des Bundes gegolten, mag die Verfassung sie ihnen ausdrücklich übertragen oder als stillschweigende Zuständigkeit vorausgesetz haben".

Nun zitiert Fleiner als Beleg zu der von ihm angerufenen Praxis freilich nur zwei alte bundesgerichtliche Urteile (aus den Jahren 1881 und 1886), die *kantonale* Fälle betreffen, wie er auch für das bestehende, von ihm angerufene Gewohnheitsrecht kein Beleg zu erbringen vermag, sondern sich auf das Zitieren des Art. 102, Ziff. 10 der BV. (in der Fußnote) beschränkt, in welchem er offenbar den Niederschlag eines Gewohnheitsrechtssatzes zu sehen glaubt.

Burckhardt[109]) erklärt, die Bundesverfassung habe den Bundesrat nicht stillschweigend ermächtigen wollen, von sich aus Rechtsverordnungen zu erlassen, wie es gewisse Kantonsverfassungen für ihre Regierung vorsehen, weil der Wirkungsbereich,

---

[108]) *Fleiner,* Bundesstaatsr., S. 321 und Fussnote 9.
[109]) *Burckhardt,* Komm., S. 666.

auf dem das selbständige Verordnungsrecht der Regierung ein praktisches Bedürfnis ist — die Aufrechterhaltung der Ordnung und die Handhabung der Polizeigewalt — zunächst Sache der Kantone sei und nicht diejenige des Bundes. Im Gegensatz zu seiner Stellungnahme in den früheren Auflagen fügt er allerdings in der dritten Auflage seines Kommentars hinzu: „Soweit aber die Wahrung der Ordnung nach außen und im Innern dem Bunde zufällt (Art 85, Ziff. 6 und 7; Art. 102, Ziff. 9 und 10 BV.), was namentlich in Zeiten des Krieges aktuell wird, steht dem Bundesrat auch ein selbständiges Verordnungsrecht und gegebenenfalls der Bundesversammlung ein Beschließungsrecht (ohne Referendum) zu."

Wenn Burckhardt in Zusammenhang mit Art. 102, Ziff.9 und 10 die Kriegszeiten erwähnt, so weist das Wort „namentlich" darauf hin, daß es sich nicht etwa um *Notrecht* handelt. Von Notrecht kann nur gesprochen werden, wenn Behörden in gesetzliche oder sogar verfassungsrechtliche Bestimmungen eingreifen, die normalerweise ihrer Kompetenz entzogen sind. Dies trifft beim selbständigen Verordnungsrecht des Bundesrates nicht zu, da es sich eben auf eine Verfassungsbestimmung stützt.

In bezug auf das Verhältnis der bundesrätlichen Verordnungen zur Legislation der Bundesversammlung in Wahrung von Ruhe und Ordnung sagt Burckhardt, der Bundesrat sei solange in dieser Materie zuständig, als die Bundesversammlung nichts verfügt.[110])

Von den älteren Autoren erwähnen wir noch Schollenberger, welcher erklärt, der Bundesrat besitze das Recht zum Erlaß von Verwaltungs- und Rechtsverordnungen, auch selbständiger Natur, „kraft und innerhalb des Selbstbestimmungsrechts der Verwaltung".[111])

Wenn Giacometti[112]) der Schweiz den Vorwurf macht, sie berücksichtige mehr die Doktrin des deutschen monarchistischen Verfassungsrechts als die französische Theorie, die doch als Produkt der Ideenwelt der konstitutionellen Doktrin ihr geistig näher stehen sollte, so mag darauf hingewiesen werden, daß ge-

---

[110]) *Burckhardt,* Komm., S. 679, Abs. 3.
[111]) *Schollenberger,* Komm., S. 548.
[112]) *Giacometti,* Verfassungsr. (Festgabe *Fleiner* 1937), S. 76.

rade in Frankreich ein selbständiges Polizeiverordnungsrecht von der Regierung ausgeübt wird, obschon eine verfassungsmäßige Bestimmung in dieser Richtung fehlt.[113])

Das *Bundesgericht* äußert sich in einem einzigen veröffentlichten Entscheid über das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates, und zwar im Urteil des Kassationshofes vom 26. Oktober 1938 in bezug auf den Bundesratsbeschluß betr. Durchführung des Verbotes der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien vom 25. August 1936.[114]) Die bundesgerichtliche Praxis anerkennt dabei eine selbständige Verordnungsgewalt des Bundesrates auf dem Gebiete des Polizeirechts, indem sich die Pflicht des Bundesrates, das Nötige zur Wahrung der äußeren Sicherheit des Landes vorzukehren, nicht notwendig auf bloße Verwaltungstätigkeit beschränken muß; „vielmehr kann der Begriff des ‚Wachens' in Fällen weitergespannt werden, wo die äußere Sicherheit auch trotz sorgfältiger Verwaltungstätigkeit gefährdet ist und durch diese nur durch allgemeinverbindliche Rechtssätze gewahrt werden kann. Daraus folgt ein selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates auf jeden Fall insoweit, als die Wahrung der äußeren Sicherheit dies erfordert."[115])

Neben diesem Entscheid aus dem bundesrätlichen Verordnungsrecht beschlägt die bundesgerichtliche Praxis eine ganze Reihe kantonaler Polizeiverordnungen. Diese sind insofern auch für das Bundesrecht bedeutsam, als sie ein selbständiges Polizeiverordnungsrecht der kantonalen Regierungen unabhängig von ausdrücklicher verfassungsmäßiger oder gesetzmäßiger Ermächtigung anerkennen.[116]) Das tritt besonders in den BGE. 60 I 108, 60 I 197 und 349 hervor, wo betont wird, daß § 24, Ziff. 9 des Zürcher Organisationsgesetzes für den Regierungsrat eine Verordnungskompetenz nicht nur begründet, sondern direkt voraussetzt.

Im übrigen kommt dem Bundesrat im Bereich der Bundeskompetenzen die gleiche Stellung als oberste Polizeibehörde zu wie den kantonalen Regierungen in der Sphäre der kantonalen Gewalt.

---

[113]) *Carré de Malberg*, Théorie de l'Etat, I, S. 581.
[114]) *BGE.* 64, I, 363.
[115]) *BGE.* 64, I, 370 ff.
[116]) *BGE.* 38, I, 523; 45, I, 411; 55, I, 158 u. a. m.

§ 10. Der Umfang der selbständigen Polizeiverordnungen

Nach der Anerkennung der Zulässigkeit der selbständigen Polizeiverordnungen und -verfügungen des Bundesrats ist zu untersuchen, ob und welche Schranken ihm gesetzt sind. Ebenso ist die Frage des Verhältnisses zwischen der Zuständigkeit des Bundesrates und derjenigen der Bundesversammlung, in der gleichen Materie zu verordnen, klarzustellen.

Eine allgemeine Schranke des Bundesrates, selbständige Polizeiverordnungen zu erlassen, liegt zunächst im polizeilichen Zweck der aufzustellenden Vorschriften selbst. Wenn der Bundesrat dazu berufen ist, *Störungen und Gefährdungen* der öffentlichen Ruhe und Ordnung, der inneren und äußeren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz zu verhindern oder zu beseitigen, so ist die erste Voraussetzung für sein Eingreifen, daß eine solche Störung oder zumindest eine Gefährdung tatsächlich vorliegt. Es genügt dabei, daß mit dem Eintritt der Störung oder Gefährdung nach menschlichem Ermessen und nach der Erfahrung gerechnet werden kann.[117])

Diese Schranke besteht für die Bundesversammlung nicht, da ihr die Gesetzgebung schon an und für sich zusteht. Demnach kann die Bundesversammlung sicherheitspolizeiliche Erlasse schaffen, die künftigen *möglichen Störungen* der öffentlichen Ruhe und Ordnung vorbeugen sollen, während diese Kompetenz dem Bundesrat entzogen ist. Des weitern kann der Bundesrat, wie Burckhardt zutreffend sagt,[118]) von seiner polizeilichen Rechtsverordnungsbefugnis nur Gebrauch machen, solange die Bundesversammlung nicht selbst in der gleichen Sache verfügt. Damit ist jede Doppelspurigkeit vermieden. Der Umfang der „gesetzlichen" Regelung im Bereiche der Polizei ist deshalb beschränkt, „weil das Gesetz (und der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß) aus praktischen Gründen weder die polizeilichen Einzelheiten selbst regeln, noch mit genügender Raschheit den erfahrungsgemäß immer wieder neu auftauchenden Gefährdungen der Öffentlichkeit folgen kann". [119]) [120])

[117]) *Fleiner,* Institutionen, S. 390; *Ruck,* Verwaltungsr., S. 41; *Jellinek,* Verwaltungsr., S. 405 ff.

[118]) *Burckhardt,* Komm., S. 679.

[119]) *Schindler,* Polizeiverordnungsr., SJZ. 31, S. 310.

[120]) Vgl. auch oben S. 62 ff.

Eine weitere Schranke des bundesrätlichen Polizeiverordnungsrechts besteht darin, daß dieses prinzipiell nicht in das Privatleben eingreifen kann, sondern nur die *öffentliche* Ordnung, Ruhe und Sicherheit zum Gegenstand hat. Hingegen können wiederum Polizeigesetze der Bundesversammlung auch in das Privatrecht einschneidend eingreifen.[121]) [122])

Ebensowenig fällt die *Wohlfahrtspflege* unter den Begriff der dem Bundesrat zustehenden Sicherheitspolizei. Vom großen Gebiet der polizeilichen Maßnahmen, durch die der Bund die öffentlichen und privaten Interessen sicherzustellen hat, entfällt somit nur ein kleiner Ausschnitt auf die polizeiliche Betätigung des Bundesrates d. h. auf seine selbständigen Polizeiverordnungen.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheinen als *zulässige* selbständige Polizeierlasse des Bundesrates die in § 8 genannten Bundesratsbeschlüsse gegen *politische* (kommunistische und antifaschistische) *Kundgebungen*. Der Bundesratsbeschluß vom 1. August 1929 verbot die Beteiligung an solchen Kundgebungen den Beamten, Angestellten und Arbeitern des Bundes. Diese stehen ohnehin in einem besonderen Unterordnungsverhältnis zum Bundesrat, was zur Folge hat, daß ihnen gewisse Betätigungen verboten werden dürfen, die Privatpersonen sonst erlaubt sind.[123])

Die übrigen Bundesratsbeschlüsse von 1929 betreffend kommunistisch-antifaschistische Kundgebungen bezogen sich auf bestimmte angesagte Treffen von Manifestanten und verboten den eidgenössischen Verkehrsanstalten (Bahnen, Post, Telephon und Telegraph) die Zulassung der Veranstalter und Manifestanten zur Benutzung dieser Verkehrsanstalten. Diese Bundesratsbeschlüsse stellen sich als Verwaltungsverfügungen dar: sie stützen sich auch nicht ausschließlich auf BV. Art. 102, Ziff. 8—10, sondern auch auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die Organisation der Verwaltung der Bundesbahnen vom 1. Februar 1923, auf Art. 4 des Bundesgesetzes betr. den Postverkehr vom 2. Oktober 1924 und auf Art. 5 des Bundesgesetzes betr. Telegraph- und Telephonverkehr vom 14. Oktober 1922. Es liegt übrigens auf der Hand, daß derartige politische Manifestationen zu schweren Störungen der öf-

[121]) Vgl. Art. 64, BV.

[122]) *Burckhardt*, Komm., S. 587; Organisation, S. 31 ff.; *Fleiner*, Bundesstaatsr., S. 320 ff.

[123]) *Fleiner*, Bundesstaatsr., S. 320 ff.

fentlichen Ruhe und Sicherheit führen können, die das Verhältnis der Schweiz zu ausländischen Staaten tangieren und besonders mit der Wahrung der Neutralität schwer vereinbar sind. Die Gefährdungen überschreiten somit die Grenze eines oder einiger Kantone und werden zu einer allgemeinen schweizerischen Angelegenheit, die die Interessen des ganzen Landes berührt. Demnach wäre auch ohne weiteres eine selbständige Rechtsverordnung zulässig gewesen, welche sich ausschließlich auf BV. Art. 102, Ziff. 8—10 gestützt hätte.

Die Bundesratsbeschlüsse vom Jahre 1920 und 1933, welche das Tragen von fremden und Parteiuniformen verbieten, rechtfertigen sich gleichfalls durch die darin liegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung, indem erfahrungsgemäß besonders Parteiuniformen von Andersdenkenden als Provokation empfunden werden und aufreizend wirken. Auch in diesen Fällen ist eine eidgenössische Regelung durchaus gerechtfertigt, wenn die kantonalen Behörden von sich aus nicht einschreiten wollen. Im übrigen wurde das Verbot „bis auf weiteres" erlassen, also offenbar aus unmittelbarem Anlaß und angesichts der politisch bewegten Zeit.

Dem Bundesratsbeschluß von 1933 waren übrigens bundesrätliche sicherheitspolizeiliche Verbote des Tragens von faschistischen Schwarzhemden, Rotkämpferhemden und nationalsozialistischen Uniformen vorausgegangen (vgl. Sten. Bull. NR. 1933, S. 151).

Der Bundesratsbeschluß vom 24. März 1934 betr. Presseausschreitungen gegenüber dem Ausland stellt sich seinem Inhalt nach überhaupt nicht als Rechtsverordnung dar, sondern als Verwaltungsverfügung. Nur die angedrohten Maßnahmen der Einziehung verordnungswidriger Druckschriften und der Verhängung eines Erscheinungsverbotes sind selbständige Polizeiverfügungen,[124]) zu welchen der Bundesrat gemäß Art. 102, Ziff 8—10 BV. als zuständig zu erachten ist. Auf die Strafsanktionen wird übrigens noch näher einzugehen sein.

Die Bundesratsbeschlüsse vom 28. Oktober 1935, 12. November 1935 und 14. August 1936 betr. die Einfuhr und Ausfuhr von Kriegsmaterial und Waffen nach Spanien und Italien stellen bloß Anwendungsfälle und Ausführungsbestimmungen des Völ-

[124]) Vgl. unten § 11.

kerbundsvertrages (Art. 16) dar, dem die Schweiz beigetreten ist; sie sind daher Vollziehungsverordnungen gemäß Art. 102, Ziff. 5 BV., da Staatsverträge den Rang von Bundesgesetzen genießen und ihre Vorschriften als Bundesrecht gelten.[125]) Daß der Bundesrat auch Art. 102, Ziff. 8 und 9 BV. anruft, ist offenbar auf die Strafbestimmungen zurückzuführen, die er in diesen Verordnungen trifft.

Der Bundesratsbeschluß vom 14. August 1936 betr. die Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien ist in Wahrung der Neutralität im spanischen Bürgerkrieg erlassen worden und stellt einen typischen Fall des Art. 102, Ziff. 9 dar.

Der Bundesratsbeschluß vom 20. Januar 1939 betrifft Maßnahmen gegen Aufrufe zur wirtschaftlichen Boykottierung fremder Staaten und schützt die Schweiz vor Störungen der Neutralität und der völkerrechtlichen Beziehungen.

Die Verordnung vom 14. April 1939, welche am 2. September 1939 in Kraft getreten ist, und die Handhabung der Neutralität betrifft, stellt einen Erlaß von vorwiegend strafrechtlichem Charakter dar: Jede feindselige Handlung vom Gebiete der Schweiz aus oder auch nur die Begünstigung eines kriegsführenden Landes ist untersagt.

Die Mobilisationsbeschlüsse vom 29. August, 1. September 1939 und 10. Mai 1940 stützen sich auf Art. 102, Ziff. 9 BV., der dem Bundesrat das Wachen über die äußere Sicherheit, die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität zur Pflicht macht, daneben auf das Militärstrafgesetz und auf Art. 198 ff. des Militärorganisationsgesetzes.

Im Bundesbeschluß vom 8. September 1939 über den Schutz der Sicherheit des Landes im Gebiet des Nachrichtenwesens wird das Armeekommando beauftragt, die Veröffentlichung und Übermittlung von Nachrichten durch Post, Telegraph, Telephon und Bild zu überwachen und die erforderlichen Maßnahmen zu treffen; demnach weist dieser Bundesbeschluß mehr den Charakter einer Verfügung auf.

Dasselbe gilt vom Bundesratsbeschluß vom 8. September 1939 über die Ordnung des Pressewesens, in welchem das Armeekommando ermächtigt wird, Nachrichtenagenturen der Konzessionspflicht zu unterwerfen.

[125]) *Fleiner*, Bundesstaatsr., S. 758; *BGE.* 27, I, 194 u. a.

Durch die Verordnung vom 23. September 1939 über die Wahrung der Sicherheit des Landes werden die zuständigen militärischen Stellen ermächtigt, öffentliche Versammlungen und Kundgebungen zu verbieten. Zudem werden in dieser Verordnung weitgehende Eingriffe in die Rechtssphäre der Privaten als zulässig erklärt, wie Durchsuchung, Haussuchung, Konfiskation, militärische und politische Überwachung. Auch diese Verordnung hat vorzüglich strafrechtlichen Charakter.

Der Bundesratsbeschluß vom 6. August 1940 betr. Maßnahmen gegen kommunistische und anarchistische Tätigkeit stellt ein Verbot dieser illegalen Tätigkeit auf, welches sich als notwendig erwies, nachdem eine Zunahme derselben festgestellt worden war und nachdem in einigen Kantonen auch nach Inkrafttreten des Bundesratsbeschlusses vom 9. Juli 1940 über die Kontrolle der Versammlungen (Vollmachtenbeschluß) noch öffentliche Versammlungen der Kommunisten bewilligt wurden. Zudem trieben die Kommunisten eine rege geheime defaitistische Propaganda, sodaß ein Verbot ihrer Tätigkeit durchaus gerechtfertigt erscheint.

Dasselbe gilt für den darauffolgenden Bundesratsbeschluß vom 26. November 1940 über die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz, welcher denjenigen vom 6. August 1940 ergänzte und namentlich eine Erweiterung brachte, indem auch der Ausschluß der Kommunisten aus den Behörden verordnet wurde. Die Gründe für die Rechtfertigung dieses Erlasses sind dieselben wie beim Bundesratsbeschluß vom 6. August 1940, in Zusammenhang mit der Erwägung, daß in der heutigen gespannten Lage jegliche Art kommunistischer Umtriebe eine schwere Gefährdung der inneren und äußeren Sicherheit bildet.

Die Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit und Ordnung ist, wie bereits hervorgehoben wurde, als verfassungsmäßige Befugnis des Bundesrates a priori der Gesetzgebung nicht unterstellt. Die Aufgabe der sicherheitspolizeilichen Verordnung ist ja gerade den Bürgern in Form von Geboten oder Verboten gewisse *Beschränkungen der individuellen Freiheitsrechte* aufzuerlegen, wo das höhere Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung es verlangt; begriffsmäßig werden sie als *polizeiliche Beschränkungen* bezeichnet.[126]) Die Freiheitsrechte sind auch in der Schweiz

[126]) *Fleiner,* Institutionen, S. 359.

nicht absolut; vielmehr sieht schon die Verfassung selbst allerlei Beschränkungen vor. Wesentlich ist nur, daß sich Beschränkungen und Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Freiheitssphäre der Bürger in den rechtlichen Formen vollziehen, insbesondere in der Form des Gesetzes und der ihm gleichstehenden Polizeiverordnung. Diese „Gesetzmäßigkeit", sagt Ruck[127]), „wird . . . für polizeiliche Eingriffe von der herrschenden Praxis kraft Gewohnheitsrecht als vorhanden betrachtet, wenn es sich um verwaltungsrechtlich einwandfreie Maßnahmen zur Wahrung der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit handelt. Die Zuständigkeit zu solchen Maßnahmen gilt als notwendiger Bestandteil der Regierungsgewalt und als Ausdruck der allgemeinen Auffassung, daß auch die Betätigung der Freiheitsrechte sich im Rahmen der Straf- und Polizeigesetze zu erhalten hat".[128])

Eine Polizeiverordnung, die über das bisherige Recht hinausgeht, ist demnach nicht schon dadurch contra legem. Aufgabe der Polizei ist es ja vor allem, dort Verbote aufzustellen, wo das Gesetz nicht hinreicht, weil die endlose Mannigfaltigkeit und Wandelbarkeit des Lebens eine vollständige formellgesetzliche Erfassung desselben unmöglich macht. Demnach schließt das selbständige Polizeiverordnungsrecht die Befugnis in sich, Vorschriften praeter legem zu erlassen, weil es anderenfalls seinen Zweck nicht zu erfüllen vermag.[129])

§ 11. Polizeiverordung und Polizeiverfügung

Im Anschluß an Ruck[130]) unterscheiden wir die generellen Rechtsverordnungen und die speziellen Rechtsverfügungen. Fleiner[131]) scheint den Ausdruck „Verfügung" für Erlasse reservieren zu wollen, die keine Aufstellung von Rechtssätzen enthalten. Es kann indessen neben Rechtsverordnungen auch Rechtsverfügungen geben, wie es Verwaltungsverordnungen und Verwaltungsverfügungen gibt, weshalb wir der Ansicht Rucks mehr

[127]) *Ruck,* Staatsr., S. 50.
[128]) *Ruck,* Staatsr., S. 50.
[129]) *BGE.* 32, I. 112; 47, I, 435; 53, I, 74; 58, I, 93 (betr. kantonale Erlasse).
[130]) *Ruck,* Verwaltungsr., S. 66 ff.
[131]) *Fleiner,* Bundesstaatsr., S. 413.

Berechtigung zusprechen. Sie wird übrigens auch vom Bundesgericht vertreten.[132])

Wir haben im ersten Teil festgestellt, daß die Rechtsverordnungen allgemeinverbindliche abstrakte Rechtssätze enthalten, welche von derselben Art und Kraft sind, wie diejenigen des Gesetzes. Die Rechtsverfügungen sind im Gegensatz dazu konkreter Art. Was Gesetz und Verordnung in abstrakter Weise vorschreiben, bedarf in Anwendung auf den konkreten Fall einer *Verfügung*. Diese ergeht für einen bestimmten konkreten Fall oder aber für eine Summe von konkreten Fällen. Der konkrete Fall braucht nicht in einer einmaligen Handlung zu bestehen, sondern kann eine Mehrheit von konkreten Tatbeständen enthalten. Die Verfügung braucht sich ferner nicht nur gegen eine einzelne Person zu richten, sondern kann als „Generalverfügung" eine Mehrheit von Personen oder Personengruppen verpflichten. Daraus ist ersichtlich, daß der Gegensatz zwischen der allgemeinverbindlichen, abstrakten Rechtsverordnung und der speziellen, konkreten Verfügung kein absoluter ist und sich demnach auch die begriffliche Abgrenzung zwischen beiden Instituten nie mit überzeugender Sicherheit bewerkstelligen läßt. So kennt die bundesrätliche Praxis Verfügungen, die durch ihre öffentliche Bekanntmachung eher zu den Verordnungen zu rechnen wären, während andererseits auch Verordnungen erlassen werden, die in ihrer Anwendung nur auf bestimmte Personen oder Personengruppen hinzielen. Die Regelung eines konkreten Falles oder Verhältnisses auf Grund eines Rechtssatzes bleibt indessen das Hauptmerkmal der Verfügung. So sagt das Bundesgericht in seinem Entscheid 57 I 276: „Zum Wesen des Rechtssatzes im Gegensatz zu einer bloßen Verfügung gehört nicht notwendig, daß er auf Dauer angelegt sei, eine Regel für eine grundsätzlich unbegrenzte, steter Wiederholung fähige Zahl von Tatbeständen enthalte. Entscheidend ist der durch den Erlaß betroffene und erfaßte Personenkreis. Auch ein *Gebot,* das als selbständige Anordnung nicht einfach Vollziehungsmaßnahme zu einer bereits in Gesetzen aufgestellten Norm nur vorübergehend für einen bestimmten Tatbestand erlassen worden ist, kann einen Rechtssatz und damit ein „Gesetz" (Verordnung) in der hier in Betracht kommenden Bedeutung des Wortes enthalten, wie es andererseits zu seiner Rechtsbeständig-

[132]) *BGE.* 57, I, 276 ff.

keit alsdann auch die Ausstattung der erlassenden Behörde mit Rechtssetzungsgewalt voraussetzt, dann nämlich, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, an die Allgemeinheit, an eine unbestimmte Vielheit von Personen wendet, die durch ihr Verhalten die Merkmale des im Erlaß umschriebenen Tatbestandes erfüllen können, nicht bloß an eine Einzelperson oder an eine Mehrzahl von Personen, die durch namentliche Nennung oder durch ein zwischen ihnen bestehendes rechtliches Band zum voraus abgegrenzt ist".[133])

Der Unterschied zwischen *polizeilicher Rechtsverordnung und Rechtsverfügung* läßt sich also vor allem dahin charakterisieren, daß die Verfügung eine *konkrete,* auch eine generelle konkrete Norm enthält, während die Verordnung nicht nur generell, sondern vor allem *abstrakt* ist.

Was die Strafsanktionen betrifft, sind — wie für die Polizeiverordnung — auch für die Polizeiverfügung im Falle des Ungehorsams die polizeilichen Machtmittel in Aussicht gestellt, wie wir im folgenden Paragraphen 12 sehen werden.

Aus dem Gesagten läßt sich die *Polizeiverfügung* definieren *als das Gebot oder Verbot einer Polizeibehörde, durch das dieselbe in einem konkreten Fall zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet und für den Fall des Ungehorsams Polizeistrafe in Aussicht stellt.*

Praktisch bedeutsam scheint uns die Unterscheidung zwischen Verordnung und Verfügung hauptsächlich im Hinblick auf ihre Publikation. Während die Rechtsverordnung zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die amtliche Gesetzessammlung bedarf,[134]) genügt für die Rechtsverfügung eine Publikation im Bundesblatt.

Der Bundesrat hat seine drei Beschlüsse vom 1. März 1929, 16. März 1929 und 1. August 1929, betreffend bestimmte kommunistisch-antifaschistische Kundgebungen, sowie den Bundesratsbeschluß vom 26. März 1934 betr. Presseausschreitungen gegenüber dem Ausland nur im Bundesblatt veröffentlicht, weil er sie offenbar nicht als Verordnungen angesehen hat, sondern nur als Verfügungen und zwar als Polizeiverfügungen. In der Tat be-

[133]) *BGE.* 57, I, 276.

[134]) Vgl. § 7, S. 74 f. sowie BG. vom 17. Juni 1874, Art. 14 und BG. vom 9. Oktober 1902 über . . . die Form des Erlasses und der Bekanntmachung von Gesetzen und Beschlüssen Art. 36.

trafen die Kundgebungsverbote bestimmte von Kommunisten geplante Treffen. Die betreffenden Erlasse waren somit konkreter, auch generell-konkreter Natur; jedenfalls enthielten sie keine abstrakten Normen. Der Bundesratsbeschluß betr. Presseausschreitungen stellt sich hingegen überhaupt nur als Verwaltungsverordnung dar und beansprucht als solche keine Allgemeinverbindlichkeit. Lediglich die angedrohten Strafmaßnahmen — Verbot des Erscheinens einer Zeitung auf bestimmte Zeit, Einziehung gewisser Druckschriften — haben, wie oben hervorgehoben wurde, polizeilichen Charakter und zwar den Charakter einer polizeilichen Verfügung.

§ 12. Die Strafsanktionen in der selbständigen Rechtsverordnung

Die Frage, ob sich die Kompetenz zum Erlaß polizeilicher Rechtsverordnungen auch auf Strafsanktionen erstreckt, ist in bezug auf den Inhalt des Polizeiverordnungsrechts viel diskutiert worden.

Legislativpolitisch ist es vorzuziehen, die Rechtssetzung für sämtliche Bestimmungen eines Erlasses in einer einzigen fachlich qualifizierten Behörde zu konzentrieren, als den Erlaß kompetenzordnungsmäßig zu zerreißen, insbesondere die Regelung der Strafsanktionen abzusondern und einer anderen rechtssetzenden Instanz zuzuweisen. Auf einzelnen Gebieten, z. B. im Kriminalstrafrecht, hat sich diese Auffassung durchgesetzt, indem die durch einen gemeinsamen sozialen Zweck und durch das Merkmal der Strafsanktion als zusammengehörig gekennzeichneten Rechtssätze auch kompetenzmäßig konzentriert wurden. Auf dem Gebiet des *Verwaltungsstrafrechts* ist jedoch diese rechtspolitische Erkenntnis nicht durchgedrungen. Die Kodifikation des Verwaltungsstrafrechts ist zwar von Staat zu Staat sehr verschieden, aber nirgends hat sie bisher die kodifikatorische Zusammenfassung der Gesetzbücher des Kriminalstrafrechts erreicht.

Abgesehen vom Verfahrensrecht, das einer einheitlichen Gestaltung widerstrebt (z. B. das Verfahren in Finanzstrafsachen und

in Disziplinarsachen), ist auch das materielle Verwaltungsstrafrecht inhaltlich so stark differenziert, daß eine kodifikatorische Zusammenfassung ebenso schwer erfüllbar ist, wie die einheitliche Kodifikation des Verwaltungsrechts überhaupt.[135])

Die Frage, ob die Kompetenz zur polizeilichen, also verwaltungsrechtlichen Rechtsverordnungen auch die *Zuständigkeit zur Setzung von Strafsanktionen* in sich schließt, ist nach der positiven Kompetenzordnung des einzelnen Staatswesens zu beantworten. Auch der bekannte Rechtsgrundsatz „nulle poena sine lege" stellt an sich bloß ein rechtspolitisches Postulat dar, dem nur im Fall seiner verfassungsmäßigen Anerkennung positivrechtliche Bedeutung zukommt.[136])

In der Schweiz ist dieser Grundsatz nicht wörtlich in der Bundesverfassung enthalten, aber die Verletzung des Prinzips „keine Strafe ohne Gesetz" verstößt gegen Art. 4 BV.[137]) Außerdem hat das Bundesstrafrecht diesen Grundsatz schon in der Bundesstrafprozeßordnung vom 27. August 1851 an die Spitze gestellt (Art. 1) und er wurde auch in das neue schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 in Art. 1 aufgenommen („Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht").

Die rechtliche Bedeutung dieses Grundsatzes liegt darin, daß ein Strafrechtssatz, und zwar sowohl die Umschreibung des Tatbestandes als auch die Festsetzung der Strafe, auf einem *Gesetz* beruhen muß. Ob ein Strafrechtssatz mit diesen beiden Bestandteilen auch die Gesetzes*form* aufweisen müsse, ist damit allerdings noch nicht beantwortet.

Bevor wir näher auf diese Frage eingehen und insbesondere untersuchen, ob auch jede von einer verfassungsmäßig zuständigen Behörde festgesetzte Strafbestimmung als Gesetz in diesem Sinn anzusehen sei, haben wir die Vorfrage zu prüfen, ob Strafbestimmungen des Verwaltungsrechts überhaupt Strafrecht bilden.

Zwischen Kriminaldelikten und Verwaltungsdelikten hat man verschiedene mehr oder weniger tiefgehende begriffliche Unter-

---

[135]) *Mayer O.*, Verwaltungsr. I, S. 122 ff.; *Merkl*, Verwaltungsr., S. 267 und 274 ff.

[136]) *Merkl*, Verwaltungsr., S. 273; *Liszt*, Strafrecht, S. 189.

[137]) *Burckhardt*, Komm., S. 44; *Farbstein*, Polizeiübertretungen, S. 35; Botschaft des Bundesrates zum Strafgesetzentwurf von 1918, S. 8 und 103.

scheidungen zu konstruieren versucht. Schon Otto Mayer [138]) hat dargelegt, daß den Tatbeständen der Verwaltungsdelikte der inhaltliche Kern des Unrechts, die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, nicht wesentlich ist. Diesen Gedanken hat Goldschmidt [139]) in seinem Verwaltungsstrafrecht eingehend untersucht. Er ist dabei zum Resultat gekommen, daß Verwaltungsdelikte oder sogenannte Polizeidelikte nicht rechtswidrige, sondern verwaltungswidrige Handlungen darstellen und demnach kein rechtlich geschütztes, sondern ein durch die Verwaltung geäußertes Interesse verletzen oder die Unterstützung der auf Förderung des öffentlichen Wohls gerichteten Staatsverwaltung unterlassen.

Mit der Beseitigung der alten Divergenz zwischen Verwaltung und Rechtsordnung ist heute auch der Gegensatz von Verwaltungsstrafe und Kriminalstrafe gefallen. Ist die Verwaltung eine Rechtsfunktion, dann ist es auch die Verwaltungsstrafe als Reaktion auf ein Unrecht, bestehend in der Verletzung eines Verwaltungsstrafrechts. Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht unterscheiden sich auch in ihrer *Struktur* nicht voneinander. Beide bestehen aus Rechtssätzen, die ein gewisses menschliches Verhalten einer Strafsanktion unterziehen. Ebenso ist in der *Art der Strafe* prinzipiell kein Unterschied festzustellen, der sich etwa auf die Beschränkung der Freiheitsstrafen auf das Kriminalstrafrecht und der Geldstrafen auf das Verwaltungsrecht beziehen würde. Dies können wir besonders in der heutigen Zeit des zweiten Weltkrieges deutlich feststellen, indem in gewissen Ländern z. B. für Abhören von ausländischen Rundfunksendungen oder Widerhandlungen auf dem Devisenmarkt die Todesstrafe ausgesprochen werden kann. Schließlich ist es unwesentlich, daß Kriminaldelikte als *diffamierend* den nichtdiffamierenden Verwaltungsdelikten entgegengestellt werden. Zunächst gibt es auch eine große Zahl Kriminaldelikte, die kaum als diffamierend bezeichnet werden können (z. B. politische Delikte, Zweikampf); sodann ist auch das fortschrittlichste Strafgesetzbuch kein zuverläßiger Ehrenrichter. Wir erwähnen nur beispielsweise, daß im neuen schweizerischen Strafgesetzbuch die gewerbliche Unzucht überhaupt nicht zum Tatbestand eines Deliktes gehört.

---

[138]) *Mayer,* Verwaltungsr. I, S. 273.

[139]) *Goldschmidt,* Verwaltungsstrafrecht, S. 66 ff.

Aus dem Gesagten erhellt, daß das Verwaltungsstrafrecht mit der communis opinio [140]) *als echtes, vollwertiges Strafrecht anzusehen ist.*

Da das Verwaltungsstrafrecht wirkliches, vollwertiges Strafrecht verkörpert, so hat für dasselbe auch der Grundsatz „nulla poena sine lege" (d. h. nur die im Gesetz mit Strafe bedrohten Handlungen sind strafbar und nur die im Gesetz ausdrücklich festzusetzende und festgesetzte Strafe ist anwendbar) unbeschränkte Gültigkeit, insofern es positiv festgelegt ist; dies trifft, wie wir oben bereits feststellten, (S. 76) für das schweizerische Bundesrecht zu.

Mit dieser Erkenntnis ist die Frage noch nicht entschieden, ob unter „Gesetz" (lex) in diesem Sinn ein formelles Gesetz zu verstehen ist, oder ob auch die Verordnung unter diesen Begriff fällt.

Historisch läßt sich der Satz „nulla poena sine lege" auf die „Magna Charta" Englands zurückführen. Er wurde von dort in die nordamerikanischen Verfassungen übernommen und ist auf diesem Umwege nach dem europäischen Kontinent zurückgelangt, wo er (nachdem Oesterreich 1787 vorangegangen war) in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (Art. 8) durch die französische Nationalversammlung (26. August 1789) feierlich proklamiert wurde.[141]) Er sollte ein Bollwerk gegen polizeistaatliche, *willkürliche Staatsjustiz* werden, welcher man die *rechtsstaatliche Strafrechtspflege* entgegenstellte. In dieser letzteren spricht der berühmte Satz nulla poena sine lege nur die Nutzanwendung des Legalitätsprinzips für das Strafwesen aus. Ein Strafrechtssatz muß auf einem *Gesetz* beruhen.

Diesem Prinzip ist Genüge getan, wenn der Tatbestand und die Strafsanktion auf ein materielles Gesetz *zurückzuführen* sind, mögen sie selbst auch in einer anderen Rechtsquelle, namentlich in einer Rechtsverordnung, ausgesprochen sein. In dieser Hinsicht ist „lex" gleichbedeutend mit Rechtssatz und umfaßt demnach sowohl formelle Gesetze als auch Rechtsverordnungen.[142])

---

[140]) *Burckhardt*, Organisation, S. 287; *Binding*, Strafrecht I, S. 275 f.; *Liszt*, Strafrecht, S. 119; *Merkl*, Verwaltungsr., S. 273 u. a. m.

[141]) Vgl. die Nachweise bei *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (23. Aufl.), S. 89.

[142]) *Hafter*, Schw. Strafrecht, S. 6 u. 11; *Merkl*, Verwaltungsr., S. 273 ff.

Auch das Bundesgericht hat in fortgesetzter Praxis eine Strafandrohung, die von einer Vollziehungs- oder Verwaltungsbehörde in eine Verordnung aufgenommen wurde, als dem Grundsatz nulla poena sine lege genügend erachtet.[143]) Es seien hier beispielsweise die Ausführungen im Entscheid *32 I 107* zitiert: „Der Grundsatz nulla poena sine lege bezweckt lediglich, den Bürger dadurch vor behördlicher Willkür zu schützen, daß für die Bestrafung das Vorhandensein einer allgemeinverbindlichen, auf alle Fälle in gleicher Weise zur Anwendung kommenden Norm verlangt wird. Der Ausdruck ‚lex' (Gesetz) ist demnach darin nicht in einem wörtlich formellen Sinne einer auf dem Wege der Gesetzgebung aufgestellten Vorschrift, sondern in der materiellen Bedeutung des gesetzten Rechts, der Gesetzgebung im Gegensatz zu den nur für den Einzelfall ergehenden Weisungen und Verfügungen der Staatsbehörden zu verstehen. Als ‚gesetzlich' angedroht erscheint somit die Strafe, sobald sie durch einen aus einer verfassungsmäßig anerkannten Quelle stammenden allgemeinverbindlichen Rechtssatz vorgesehen wird; daß dieser Rechtssatz in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten ist, ist nicht erforderlich".

Soweit demnach die Kompetenz des Bundesrates zu selbständigen Rechtsverordnungen reicht, ist auch seine Kompetenz zu Strafsanktionen gegeben. Die Rechtsverordnungskompetenz wäre auch praktisch wirkungslos, wenn nicht Zwangsregeln für die Einhaltung der erlassenen Anordnungen vorgesehen werden könnten. Die Zwangsgewalt der Verwaltung bildet das praktisch notwendige Korrelat zu ihrer Befehlsgewalt.

Die Sanktionen können entweder als *Ungehorsamsstrafe* in Form von Buße oder Haft angedroht werden, oder als *Ersatzvornahme* der verweigerten Leistung oder schließlich als unmittelbare *Zwangsvollstreckung* gegen das Vermögen oder die Person des Pflichtigen.[144])

Die *Buße* ist das Recht der Behörde, von sich aus und ohne Mitwirkung der Gerichte den widerstrebenden Willen des Leistungspflichtigen zu brechen und spielt in den Polizeierlassen eine

---

[143]) *BGE.* 32, I, 98; 32, I, 107; 39, I, 79; 41, I, 491; 57, I, 276; 63. I. 329; 64, I, 220; 64, I, 368 u. a. m. Vgl. für das kantonale Recht *Rüegg,* Verordnung, S. 120 ff; *Siegrist,* S. 60.

[144]) *Fleiner,* Institutionen, S. 216 und 218 ff.; *Schollenberger,* Grundriss II, S. 197 ff.

besonders große Rolle.[145]) Ruck[146]) sieht die Verwaltungsbuße nicht als Strafe im Rechtssinn an „und daher finden Strafrecht und Strafprozeß grundsätzlich keine Anwendung auf sie". Die Buße des Verwaltungsstrafrechts, sagt Ruck, sei ein Zwangsmittel, mit dessen Hilfe der Widersetzliche zu einem verwaltungsmäßigen Verhalten veranlaßt werden soll, während die Strafe „als Gegenschlag gegen den Bruch der Rechtsordnung" ihrem Wesen nach, auch bei Berücksichtigung des Besserungszwecks, eine Art Vergeltung sei.

Wir können diese dualistische Auffassung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht auch in diesem Punkt nicht teilen. Daß die Verwaltungsstrafe ein Verhalten erzwingen will, liegt in der Eigenart des Polizeizwanges, welcher eine Anwendung äußerlicher Machtmittel gegen den Einzelnen zur Herstellung des seiner polizeilichen Pflicht entsprechenden tatsächlichen Zustandes darstellt.[147]) Auch die Buße des Justizstrafrechts kann nicht nur repressiv sondern ebensogut präventiv sein. Die modernen Strafgesetze sind gerade durch den Präventivcharakter der vorgeschriebenen Strafen ausgezeichnet, wie dies z. B. im neuen schweizerischen Strafgesetzbuch deutlich zum Ausdruck kommt (progressiver Strafvollzug und Erziehung zu Arbeit, Art. 49). Es stimmt auch nicht, daß Strafrecht und Strafprozeßrecht grundsätzlich auf verwaltungsrechtliche Bußen keine Anwendung finden. Art. 333 des schweizerischen Strafgesetzbuches bestimmt ausdrücklich, daß die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes auch auf die Taten Anwendung finden, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, also auch in verwaltungsrechtlichen Gesetzen.

Die Buße im Polizei- und im Disziplinarstrafrecht ist demnach nicht grundsätzlich von der Buße des Kriminalstrafrechts zu unterscheiden.[148])

Hingegen ist die *Ersatzvornahme* ein Zwangsmittel eigener Art, welches das Kriminalstrafrecht nicht kennt und das der Sicherung des Erfolges dient. Die Ersatzvornahme ist die Vornahme einer von der Verwaltung befohlenen vertretbaren Handlung durch Organe oder Beauftragte der Verwaltung auf Kosten des

[145]) An Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Ersatzzwangshaft (Schw. StGB., Art. 49, Abs. 3).

[146]) *Ruck,* Verwaltungsr. I, 89.

[147]) *Mayer,* Verwaltungsr., S. 271 u. 273 ff.; *Merkl,* Verwaltungsr., S. 261.

[148]) *Hafter,* Strafrecht I, S. 282.

säumigen Pflichtigen.[149]) Sie findet besonders gegenüber juristischen Personen Anwendung. Bestritten ist die Zulassung von Ersatzvornahmen ohne besondere gesetzliche Ermächtigung. Obwohl gewisse praktische und rechtsstaatliche Erwägungen für die Beschränkung der Ersatzvornahme auf gesetzlich zugelassene Fälle sprechen, entspricht es dem Wesen der Verwaltung, der Wahrung ihres Ansehens und der Sicherung der öffentlichen Ordnung, die Ersatzvornahme allgemein zuzulassen. Doch liegen diese Fälle ausserhalb unserer Betrachtungen.

Der *unmittelbare Zwang gegen das Vermögen* einer Person ist die zwangsweise Eintreibung von Geldbeträgen, die der Pflichtige kraft öffentlichen Rechts dem Staat oder einer anderen öffentlichrechtlichen Körperschaft schuldet (Steuern, Gebühren, Beiträge, Kosten für Ersatzvornahmen etc.).[150]) Eine solche Zwangsvollstreckung liegt z. B. vor bei polizeilicher Schließung eines Geschäftes wegen Übertretung kriegswirtschaftlicher Vorschriften, oder bei Schließung eines nicht bewilligten Gewerbebetriebes.

Der *unmittelbare physische Zwang* darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist (in ultima ratio), so z. B. die zwangsweise Unterwerfung geschlechtskranker Personen unter ein Heilverfahren oder die sofortige Zwangsanwendung zum Schutz des gefährdeten öffentlichen Interesses (Verhaftung einer Person zur Verhinderung eines geplanten Verbrechens).

Auf Grund unserer Feststellungen anerkennen wir somit die Kompetenz der Exekutive, Strafsanktionen in den selbständigen Rechtsverordnungen aufzustellen.

Die *Verfolgung und Bestrafung* von Widerhandlungen werden nun gewöhnlich der Justiz übertragen. Wir zitieren als treffendes Beispiel Art. 1 des Bundesratsbeschlusses über die Verschärfung der kriegswirtschaftlichen Strafbestimmungen vom 24. Dezember 1941, welches bestimmt, daß auf die Verfolgung und Bestrafung kriegswirtschaftlicher Widerhandlungen die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuches über Verbrechen und Vergehen zur Anwendung zu kommen haben.

---

[149]) *Ruck,* Verwaltungsr. I, S. 90.
[150]) *Fleiner,* Institutionen, S. 221.

Nun erhebt sich aber die weitere Frage, ob die Rechtsverordnung *die Kompetenz zur Beurteilung der Verwaltungsdelikte auch einer Verwaltungsbehörde* erteilen könne.

Die Beurteilung von Strafsachen durch Verwaltungsbehörden widerstrebt im Prinzip den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Trennung von Justiz und Verwaltung und damit der richterlichen Unabhängigkeit. Die Gerichte sind insofern unabhängig, als sie bei ihrer Rechtsprechung nicht an die Weisungen vorgesetzter Behörden gebunden sind, sondern die in Betracht kommenden Rechtsnormen nach eigener Überzeugung anzuwenden haben. Dies ist bei den Verwaltungsbehörden insofern nicht der Fall, als sie in der Regel hierarchisch organisiert und an die Weisungen vorgesetzter Organe gebunden sind.[151])

In der Bundesverfassung ist die Trennung von Justiz und Verwaltung nicht grundsätzlich ausgesprochen, aber durch die organisatorischen Bestimmungen festgelegt.[152]) Doch läßt sich die Gewaltentrennung nie restlos durchführen, weder diejenige von Gesetzgebung und Verwaltung, noch diejenige von Verwaltung und Rechtsprechung. Was insbesonders letztere anbetrifft, ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Rechtsstaat diesen und insbesondere auch das Verwaltungsverfahren mehr und mehr justizmäßig gestaltet hat, sodaß der Gegensatz von Justiz und Verwaltung dadurch ohnehin abgeschwächt wurde.[153])

Im schweizerischen Bundesstaatsrecht wird regelmäßig die Verwaltungsjustiz nicht von Verwaltungsbehörden, sondern von *Gerichten* ausgeübt. Die rechtsstaatliche Verwaltung erlangt ihre Vollendung dadurch, daß die Anwendung des Verwaltungsrechts dem gerichtlichen Schutz untersteht. Der Bürger hat auch der Verwaltung gegenüber den Anspruch auf Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte.[154]) Von dieser Regel gibt es allerdings bedeutende *Ausnahmen*. So bestimmt das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, daß Übertretungen *fiskalischer Bundesgesetze* von der Verwaltung beurteilt werden,

---

[151]) Vgl. *Ruck*, Verwaltungsr. I, S. 132; *Kelsen*, Allgem. Staatslehre, S. 238.

[152]) Vgl. *Fleiner*, Bundesstaatsr., S. 130 ff.

[153]) *Kelsen*, Staatsr., S. 246.

[154]) Vgl. *Ruck*, Verwaltungsr. I, S. 155.

wenn nicht auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist. Dem Bundesrat steht jedoch in allen Fällen die Überweisung an das Bundesstrafgericht frei (Art. 281). Entscheidet die Verwaltung, so steht dem Betroffenen das Recht zu, (innert 14 Tagen) *gerichtliche* Beurteilung zu verlangen, falls er sich der Verfügung der Bundesverwaltung nicht unterziehen will (Art. 289).

Handelt es sich nicht um Übertretungen fiskalischer, sondern anderer Bundesgesetze, so kann die Verfolgung und Beurteilung durch das Bundesrecht einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen werden (Art. 321). Aber die Beurteilung durch Verwaltungsbehörden kann auch in diesen Fällen nur erfolgen, wenn nicht auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist (Art. 322). Ebenso steht es dem Beschuldigten frei, nach Entscheid der Verwaltungsbehörde ein gerichtliches Urteil zu verlangen (Art. 325).

Aus diesen Bestimmungen folgt, daß, soweit nicht fiskalische Übertretungen vorliegen, Strafverfügungen der Verwaltung zulässig sind, wenn diese Zuständigkeit durch Bundesrecht festgelegt ist. Demnach sind zur Verfolgung und Beurteilung nicht fiskalischer Verwaltungsdelikte *im Prinzip die Gerichte zuständig,* die *Verwaltungsbehörden* dagegen nur, wenn ihnen ausdrücklich die Verfolgung und Beurteilung *bundesrechtlich übertragen wurde.* Die rechtssetzende Bundesbehörde kann nach ihrem Ermessen die Verfolgung und die Beurteilung der von ihr geschaffenen Strafsanktionen einer Verwaltungsbehörde übertragen. Eine solche rechtssetzende Bundesbehörde ist auf dem Gebiet der selbständigen wie der unselbständigen Rechtsverordnung auch der Bundesrat. Er darf demnach in seinen Rechtsverordnungen die Verfolgung und Beurteilung der dort formulierten Verwaltungsdelikte auch Verwaltungsbehörden übertragen. Eine solche Übertragung bedarf keines formellen Bundesgesetzes, denn der Art. 321 der Bundesstrafrechtspflege spricht schlechtweg von „Bundesrecht", womit auch die rechtssetzenden Verordnungen des Bundes einbezogen sind.

Eine Schranke dieses Prinzips bildet allerdings Art. 322 leg. cit., welcher Freiheitsstrafen der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden entzieht, sowie Art. 325, welcher dem Beschuldigten die Anrufung der Gerichte gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde offen läßt. Diese Schranken kann der Bundesrat nicht übertreten, ohne contra legem zu handeln. Die Übertragung der

Beurteilung und Verfolgung solcher durch eine Rechtsverordnung des Bundesrates formulierter Verwaltungsdelikte an eine Verwaltungsbehörde ist somit ein Eingriff in die Justiz.[155])

§ 13. Das richterliche Prüfungsrecht

Für die Begründung des richterlichen Prüfungsrechts und die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Überprüfung verweisen wir auf unsere Ausführungen in § 7.

Bei der Überprüfung hat das Gericht als erstes die Frage zu prüfen, ob die betreffende Materie überhaupt auf dem Verordnungsweg hat geregelt werden dürfen. Liegt eine *Verwaltungsverordnung* vor, so steht fest, daß der Verordnungsweg zulässig war, denn das Recht zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen ist ein unmittelbarer Ausfluß der Verwaltungstätigkeit und bedarf keiner besonderen rechtlichen Begründung. Liegt eine *Rechtsverordnung* des Bundesrates vor, so hat das Bundesgericht weiterhin festzustellen, ob es sich um eine selbständige oder eine unselbständige Rechtsverordnung handelt. Dies ist insofern von Bedeutung, als der Richter bei der selbständigen Rechtsverordnung neben der Rechtmäßigkeit derselben auch festzustellen hat, ob dem Bundesrat ein selbständiges Verordnungsrecht im betreffenden Fall zusteht und in welchem Rahmen dieses Recht ausgeübt werden darf.

Die Überprüfung der *formellen Rechtmäßigkeit* selbständiger Rechtsverordnungen entspricht in vollem Umfang derjenigen unselbständiger Rechtsverordnungen (vgl. ebenfalls § 7 oben).

Die Feststellung der inhaltlichen, *materiellen Rechtmäßigkeit* oder Rechtswidrigkeit einer selbständigen Rechtsverordnung ist eine Frage der Interpretation der Bundesverfassung. auf die wir im vorliegenden zweiten Teil der Arbeit bereits ausführlich ein-

---

[155]) Naturgemäss ist die vom Bundesrat zum Erlass von Rechtsverordnungen subdelegierte Behörde an die gleichen Schranken gebunden. Es liegt somit ein Uebergriff in die Justiz vor, wenn durch Verfügung (besser Verordnung) des Volkswirtschaftsdepartements vom 27. September und 16. Oktober 1936 betr. ausserordentliche Massnahmen über die Kosten der Lebenshaltung (AS. 52, S. 744; 52, S. 806) für die Beurteilung der Widerhandlungen gegen diese Verfügung das Volkswirtschaftsdepartement Bussen bis zu Fr. 20 000.— *endgültig* verhängen darf.

gegangen sind. Wir können uns demnach auf die Feststellung beschränken, daß die selbständige Rechtsverordnung dann rechtswidrig ist, wenn ihr eines der im zweiten Teil genannten materiellen Erfordernisse fehlt.

Ist die Prüfung der Rechtmäßigkeit durchgeführt worden und liegt tatsächlich eine Rechtswidrigkeit vor, so hat das Bundesgericht *die Anwendung* der widersprechenden Verordnungen nur insoweit zu versagen, als sie rechtswidrig ist, denn nur insoweit hat die Verordnung keinen Anspruch auf Geltung. Dabei ist in diesem Falll darauf zu achten, ob eine Verordnung auch dann noch dem Willen des Bundesrates entspricht, wenn sie nur noch in jenen Teilen Anwendung findet, die mit der höheren Norm in Einklang stehen. Dieser Wille wird sich aus dem Ziel und dem Zweck der Verordnung bestimmen lassen. So wird das Bundesgericht die Anwendung der ganzen Verordnung ablehnen müssen, wenn der widersprechende Teil einen integrierenden Bestandteil des Verordnungsinhaltes bildet.

Die Prüfung einer selbständigen Rechtsverordnung des Bundesrates durch das Bundesgericht hat bis heute nur in einem einzigen Fall stattgefunden, und zwar im Urteil des Kassationshofes vom 26. Oktober 1938 i. S. X. gegen Zürich (Spanienfahrerprozeß) (BGE. 64 I 368).[156])

---

[156]) Betr. BRB. vom 14. August 1936 (Verbot der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien).

Literaturverzeichnis

Affolter A. Grundzüge des schweiz. Staatsrechts, 2. Aufl., Bern 1923.

Anschütz G. Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königl. Verordnungsrechts in Preussen, 1910.

Anschütz G. Kritische Studien zur Lehre von Rechtssatz und formellem Gesetz, Berlin 1913.

Anschütz G. Wörterbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen 1914.

Anschütz-Thoma. Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen 1930/32.

Arndt A. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Berlin 1901.

Bickel S. Das kantonale Verordnungsrecht in den Entscheidungen des Bundesgerichts, Zürich 1900.

Binding C. Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Blumer-Morel. Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechts, 1863/64.

Blumenstein E. Der rechtsstaatliche Aufbau der schweizerischen Demokratien, Bern 1929.

Brown H. Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtssprechung des schweiz. Bundesgerichts, Zürich 1934.

Brunner K. Die Lehre vom Verwaltungszwang, Zürich 1923.

Burckhardt W. Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Bern 1914; 3. Aufl., Bern 1931.

Burckhardt W. Ueber Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweiz. Staatsrecht (Festgabe Lotmar), 1920.

Burckhardt W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Burckhardt W. Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

Carré de Malberg. Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920.

Dubs J. Das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, Zürich 1848.

Escher C. Ueber das Verordnungsrecht in Bund und Kantonen (Schw. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung VI, S. 157), 1905.

Esmein A. Eléments de droit constitutionnel, Paris 1899.

Farbstein. Polizeiübertretungen im Zürcher. Recht, Zürich 1919.

Fehr H. Die Dynamik des Gesetzes (Zeitschr. f. schw. Recht 59, S. 53), 1940.

Fleiner F. Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Zürich 1916.

Fleiner F. Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner F. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (Neudruck für die Schweiz), Zürich 1939.

Fleischer. Zeitschrift für öffentliches Recht XI, S. 481.

Foderaro S. La teorica della divisione dei poteri (Rivista di diritto pubblico XII, S. 745), 1939.

Giacometti Z. Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung (Antrittsrede), Zürich 1925.
Giacometti Z. Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner), Tübingen 1927.
Giacometti Z. Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation (Festgabe zum schweiz. Juristentag), Zürich 1928.
Giacometti Z. Die Entwicklung des öffentl. Rechts in der schweiz. Eidgenossenschaft in den Jahren 1921—1928 (Jahrbuch des öffentl. Rechts Bd. 16), Tübingen 1929.
Giacometti Z. Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates (SJZ. 31, S. 257), 1934.
Giacometti Z. Zur Frage der Verfassungsmässigkeit eines selbständigen Polizeiverordnungsrechts des Bundesrates (SJZ. 31, S. 369), 1934.
Giacometti Z. Verfassungsrecht und Verfassungspraxis (Festgabe Fleiner), 1937.
Giacometti Z. Das Staatsrecht der schweiz. Kantone, Zürich 1940.
Goldschmidt J. Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902.
Guhl T. Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweiz. Staatsrecht, Basel 1908.
Hafter E. Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Berlin 1926.
Hafter E. Der Rechtsstaat (Ansprache), Zürich 1941.
Hatschek J. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1922.
Heusler H. Schweiz. Verfassungsgeschichte, Basel 1920.
Hilty C. Die Bundesverfassungen der schweiz. Eidgenossenschaft, Bern 1890.
His E. Die Geschichte des neuern schweiz. Staatsrechts, Basel 1929.
Homberger A. Das Tatsächliche als Element der Rechtsbildung (ZBJV. 77, S. 1), 1941.
Huber H. Demokratie und staatliche Autorität, Vortrag an der ETH. 1939 (Heft 5 der vom Polygraphischen Verlag herausgegebenen Vorträge).
Jellinek G. Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887.
Jellinek G. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906.
Jellinek G. Allgemeine Staatslehre, Berlin 1914.
Jellinek W. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Tübingen 1913.
Jellinek W. Verwaltungsrecht, Berlin 1928.
Jéze G. Principes généraux de droit administratif, 1925.
Kaiser S. Schweiz. Staatsrecht, St. Gallen 1858.
Kelsen H. Allgemeine Staatslehre (Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. 23), Berlin 1925.
Kormann K. System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Laband P. Staatsrecht des deutschen Reichs, Tübingen 1912.
Lachanal P. Exposé sur la politique actuelle de la Suisse, Genève 1940.
Lampert U. Das schweiz. Bundesstaatsrecht, Zürich 1918.
Landolt E. Politik, ihre allgemeinen Grundlagen und ihre spezielle Ausgestaltung in der schweiz. Eidgenossenschaft, St. Gallen 1939.
Landolt E. Die Kompetenzen des aargauischen Grossen Rates, Zürich 1925.
Lüchinger M. Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, Zürich 1923.

Liszt F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1932.
Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1924 (3. Aufl.).
Meyer-Amschütz. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1919.
Meyer G. Die Rechtssetzung nach zugerischem Recht, Zug 1938.
Meyer G. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1895.
Meyer G. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1910.
Merkl A. Die Lehre von der Rechtskraft, Berlin 1923.
Merkl A. Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1927.
Merkl A. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues.
Munzinger. Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, Bern 1871.
Nabholz H. Der politische Staat (Ansprache), Zürich 1941.
Nawiaski H. Ein Nachwort zur Rechtskontrolle der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen (SJZ. 31, S. 113), 1934.
Niederer R. Die Rechtsverordnung im Kanton St. Gallen, Zürich 1934.
Obrecht H. Politik und Gesetzgebung im Gebiet der Wirtschaft. Vortrag 1938 (Separatabdruck der Buchdruckerei Vogt-Schild, Solothurn).
Ochsenbein W. Die polizeiliche Verordnungsgewalt nach solothurnischem Recht, Zürich 1932.
Poetzsch. Grenze zwischen Gesetz und Verordnung (32. Verhandlungen des deutschen Juristentages), Berlin 1922.
Reber C. Das Notrecht des Staates, Bern 1938.
Rezzonico U. L'ordinanza di esecuzione della legge, Losanna 1928.
Reichel A. Kommentar des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1896.
v. Roenne L. Das Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1872.
Rocco A. Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche (Archivo giuridico 94, S. 177).
Rosin H. Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, Berlin 1895.
Ruck E. Schweizerisches Staatsrecht, Zürich 1933.
Ruck E. Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 1934.
Rüegg H. Die Verordnung nach zürcherischem Recht, Zürich 1926.
Schiller. Die Verkündung der Rechtsverordnung (Archiv für öffentliches Recht n. F. 8, S. 284).
Schindler D. Ueber die Bildung des Staatswillens in der schweiz. Demokratie, Zürich 1921.
Schindler D. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der USA. und in der Schweiz (Zeitschr. für schweiz. Recht, n. F. 44, S. 19), Basel 1925.
Schindler D. Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932.
Schindler D. Die selbständige Polizeiverordnung nach schweiz. Staatsrecht (SJZ. 31, S. 305), 1935.
Schmitt C. Verfassungslehre, München 1928.
Schneider W. Die Verordnung im Rechtsstaat, Zürich 1918.
Schoen P. Das Verordnungsrecht und die neuen Verfassungen (Archiv für öffentliches Recht, 1924, S. 133).
Schoen P. Die Verordnungen (Handbuch für Politik I, S. 248), 1920.

Schollenberger J. Das schweiz. öffentl. Recht, Hannover 1909.
Schollenberger J. Kommentar zur Bundesverfassung, Berlin 1905.
Schurter E. Das Verordnungsrecht im Kanton Zürich, Zürich 1912.
Seeger. Die Lehre vom formellen und materiellen Gesetz im schweiz. Bundesstaat (Zeitschr. f. schw. Recht, n. F. 45, S. 353).
Siegrist H. Die selbständige Rechtsverordnungskompetenz der Kantonsregierungen, Zürich 1939.
Stammler R. Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Berlin 1921.
Stier-Somlo. Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Berlin-Leipzig 1929.

Tanner L. Das Polizeirecht im Kanton Luzern, Freiburg 1927.
Thürer P. Das glarnerische Verordnungsrecht, Zürich 1932.
Triepel H. Die Reichsaufsicht, Berlin 1917.
Triepel H. Grenzen zwischen Gesetz und Rechtsverordnung (Verhandlg. zum XXXII. deutschen Juristentag), Berlin 1922.

Vogt. Organisation der Bundesrechtspflege in USA. (Zeitschr. f. schw. Recht, 1890, S. 566).

Weyr. Délégation de puissance législative (Internat. Zeitschrift für Theorie des Rechts I), 1926.

Zoller L. Die Notverordnung und ihre Grundlagen.
Zumbach. Die Veröffentlichung der Gesetze (Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1936, S. 473).

Demokratie, Notrecht und dringliche Bundesbeschlüsse (herausgegeben vom Sekretariat der Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei), Bern 1938.
Eidgenössische Wegstrecke 1935—1939 (herausgegeben durch die bürgerlichen Parteien) 1940.
Burckhardt W. Schweizerisches Bundesrecht.
v. Salis. Schweizerisches Bundesrecht.
Schweizerische Bundesverfassung.
Stenographische Bulletins der Verhandlungen der Bundesversammlung.
Botschaften des Bundesrates an die Bundesversammlung.
Bundesgerichtsentscheide.